موسوعة الفقه على المذاهب الأربعة

مع أدلتها التفصيلية من الكتاب والسنة النبوية

تأليف
ابن النجار الدمياطي
أبو عمار ياسر بن أحمد بن بدر
النجار الدمياطي

المجلد الثامن

كتاب الضمان والكفالة
كتاب الشركة
كتاب المضاربة أو القراض

دار العلوم والمعرفة
دار التقوى

اسم الكتاب : موسوعة الفقه علي المذاهب الأربعة - ج8
تأليف : ابن النجار الدمياطي
القطع : ١٧ X ٢٤
عدد الصفحات : ٥٢٨ صفحة
سنة الطبع : ١٤٤٠هـ/ ٢٠١٩م (طبعة جديدة)
الناشر : دار التقوى للطبع والنشر والتوزيع
طباعة : دار العلم والمعرفة للطبع والنشر والتوزيع

رقم الإيداع بدار الكتب والوثائق القومية - مصر
2018/26155
الترقيم الدولي : 4-10-6693-977-978

دار العلم والمعرفة

دار التقوى
للطبع والنشر والتوزيع

٨ ش البيطار - خلف الجامع الأزهر
ت: ٢٥١٤١٧٠٤ / ٤٤٧١٥٥٠٦ ٠٠٢٠٢/ ٠١٠٠١٥٩٢٢٧١
E-mail: dar_altakoa@hotmail.com
dar_altakoa@yahoo.com

كتاب الضمان والكفالة

كِتَابُ الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ[1]

تعريف الكفالة والضمان لغة:

الكفالة في اللّغة: الضمانُ، يقال: كَفَلَ الرَّجُل وبالرّجُلِ كِفْلًا، وكَفالةً: ضَمِنَهُ، ويقال: كَفَلَ المالَ، وكَفَلَ عنه المالَ لغريمه، فهو كافل، وأكفل فُلانًا المالَ، أي: جَعَلَهُ يَضْمَنُه.

قال ابن منظور رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (**الكافل**: العائل، كَفَلَهُ يَكْفُلُه وكَفَّلَه إيَّاه، وفي التنزيل العزيز: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: 37]، وقد قُرِئَت بالتَّثقِيلِ ونَصبِ زكريا، وذكر الأخفش أنه قُرِئَ: (**وكَفِلَهَا زَكَرِيَّا**)، بكسر الفاء. وفي الحديث: «**أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنةِ له ولغيره**»[2].

(1) هذا الكتاب اختصرته من كتابي: «الجامع لأحكام الكفالة والضمانات على المذاهب الأربعة» طبعة دار الصميعي بالرياض المجلد الأول.

(2) أخرجه البخاري في «صحيحه» (8/ 9) رقم (5659) باب: فضل من يعول يتيمًا، بلفظ: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بإصبعيه السبابة والوسطى» تأليف الإمام: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي دار النشر: الناشر: دار طوق النجاة الطبعة: الأولى (1422) هـ. ورواه مسلم (4/ 2287) رقم (2983) بلفظ: «كَافِلُ الْيَتِيمِ له أو لغَيْرِهِ أنا وهو كهَاتَيْنِ في الْجنَّةِ» وأَشَارَ مَالكٌ بالسَّبَّابَةِ والْوُسْطَى.

والكافل: القائم بأمر اليتيم المربي له، وهو مِن الكفيل الضمين، والضمير في «**له ولغيره**» راجع إلىٰ الكافل: أي: إن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي رحمه وأنسابه، أو كان أجنبيًّا لغيره تكفّل به، وقوله: «**كهاتين**» إشارة إلىٰ إصبعيه: السبابة والوسطىٰ، ومنه الحديث: «**الرَّاب كافل**»[1]، الرابُّ: زوجُ أمِّ اليتيم؛ لأنه يكفل تربيته ويقومُ بأمره مع أمه. وفي حديث وفد هوازن: «**وَأَنْتَ خَيْرُ المَكْفُولِين**»[2]. يعني رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أي: خيرُ من كُفِل في صغره وأُرضع ورُبي حتىٰ نَشأ، وكان مُسترضعًا في بني سعد بن بكر.

والكافِل والكَفيل: الضامن، والأنثىٰ كفيل أيضًا، وجمع الكافل كُفّل، وجمع الكفيل كُفلاء، وقد يقال للجميع كفيل، كما قيل في جمع صَديق، ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾

(1) ذكره ابن الأثير في «النهاية» (4/ 162)، ولم أجده في غيره.

(2) رواه ابن إسحاق في «السيرة» (5/ 162، 163)، ومن طريقه الطبري في «تاريخه» (2/ 173)، والخرائطي في «مكارم الأخلاق» (383)، والطبراني في «الكبير» (5/ 271) رقم (5306)، والبيهقي في «دلائل النبوة» (5/ 194)، و«تاريخ أربل» (1/ 148) لشرف الدين المبارك بن أحمد الأربلي، وابن عبد البر في «الاستيعاب» (2/ 521)، والحافظ في «تغليق التعليق» (3/ 473) عن محمد بن إسحاق قال: حدثنا عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن وفد هوازن لما أتوا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالجعرانة... فذكر الحديث.

قلت: وهذا إسناد حسن وقد صرح محمد بن إسحاق بالتحديث.

وللحديث شاهد كما عند الطبراني في «الكبير» (5/ 269)، ومن طريقه شرف الدين المبارك ابن أحمد الأربلي في «تاريخ الأربل» (1/ 149)، وأبي الحسن بن قانع في «معجم الصحابة» (1/ 238)، والحافظ في «تغليق التعليق» (3/ 474، 475)، وفي «اللسان» (4/ 101) من طرق عن عبيد الله بن رماحس القيس الرملي عن أبي عمرو زياد بن طارق عن زهير بن صرد.

قال الحافظ في «اللسان» (4/ 100): والحديث حسن الإسناد؛ لأن راوييه مستوران لم يتحقق أهليتهما ولم يجرحا.

أي ضمنها إياه حتىٰ تكفَّل بحضانتها، ومن قرأ: ﴿وكَفَلَها زكريا﴾، فالمعنىٰ ضمن القيام بأمرها.

وكفل المال وبالمال: ضَمِنه. وكفل بالرجل يَكفُل ويَكفِل كَفلًا وكُفُولًا وكَفالةً وكَفُلَ وكَفِل، وَتكَفَّل بِدَينِه تكَفُّلًا.

أبو زيد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أَكْفَلْتُ فُلانًا المالَ إكفالًا إذا ضَمَّنْتُه إيَّاه، وكَفَل هو به كُفُولًا وكَفلًا، والتَّكفيل مِثْلُه. قال الله تعالىٰ: ﴿فَقَالَ أَكۡفِلۡنِيهَا وَعَزَّنِي فِي ٱلۡخِطَابِ﴾ [ص: 23].

الزجاج: معناه: اجعلني أنا أكفلها، وانزل أنت عنها.

ابن الأعرابي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنىٰ واحد.

وقال أبو منصور الأزهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «التهذيب»: وأما الكافل: فهو الذي كَفَل إنسانًا يَعُولُه ويُنفِقُ عليه، وفي الحديث: «**الرَّبِيب كافلٌ**» وهو زوج أم اليتيم، كأنه كفل نفقة اليتيم.

وقال ابن منظور أيضًا: الضمين الكفيل، ضمن الشيءَ، وبه ضمنًا وضمانًا: كَفَل به، وضَمَّنَه إيَّاه كَفَّلَه.

وقال ابن الأعرابي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يقال: (ضمنت الشيء أضمنه ضمانًا، فأنا ضامنٌ)(1).

(1) «لسان العرب» (3/ 91/ 9/ 64) في مادة كفل، وضمن.

تعريف الكفالة والضمان اصطلاحًا:

قد تنوعت عبارة الفقهاء في تعريف الكفالة والضمان بناءً على الأحكام المترتبة عليها وإليك هذه التعاريف.

أولًا: تعريف الحنفية:

للحنفية تعريفان وهما:

الأول: الكفالة هي: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة.

الثاني: هي ضم الذمة إلى الذمة في الدَّين[1].

ويوافق الأول ما ذكره صاحب مرشد الحيران[2]، حينما عَرَّف الكفالة بقوله: (هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دَين أو عَين)[3].

ويرى ابن عابدين أن من عَرَّفها بالضم في الدَّين، إنما أراد تعريف نوع منها، وهو الكفالة بالمال، وأما الكفالة بالنفس والأعيان فهي في المطالبة اتفاقًا، وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد[4].

---

(1) «الهداية شرح البداية» (3/ 87)، و«البحر الرائق» (6/ 221)، و«الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» (5/ 281)، و«ملتقى الأبحر» (1/ 172)، و«تبيين الحقائق» (4/ 146)، و«فتح القدير» (7/ 163)، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (1/ 614).

(2) هو: محمد قدري باشا الحنفي المتوفى سنة (1306)هـ.

(3) «مرشد الحيران» لمحمد قدري باشا (822) دار الفرجاني.

(4) «حاشية رد المحتار على الدر المختار» (5/ 281- 282) دار النشر: دار الفكر، بيروت – لبنان، (1421هـ – 2000م).

ولذا يترجح التعريف الأول؛ لشموله أقسام الكفالة جميعًا، ولقصور الثاني أمامه، فالكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس، ولا دَيْن في النفس، وقد رجّح هذا التعريف أكثر علماء الحنفية، وهو أولىٰ هذه التعريفات وأرجحها[1].

ثانيًا: تعريف المالكية:

يقول خليل رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (الضمان شغل ذمة أخرىٰ بالحق)[2].

وعرّفه ابن عرفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (الضمان: التزام دَين لا يسقطه، أو طلب من هو عليه لمن هو له)[3].

وعرفه الشيخ الدردير رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (بأنه التزام مُكَلَّف غير سفيه دينًا علىٰ غيره، أو طلبه مَنْ عليه لمنْ هو له)[4].

ثالثًا: تعريف الشافعية:

عرّف الشافعية الضمان بقولهم: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره[5].

---

(1) «حاشية رد المحتار» (5/ 282)، و«البناية شرح الهداية» للعيني (7/ 537)، و«شرح فتح القدير» لابن الهُمام (7/ 163)، و«الاختيار لتعليل المختار» للموصلي (1/ 25).

(2) «مختصر خليل» (1/ 211)، ويُنظر: «التاج والإكليل» (5/ 96)، و«الشرح الكبير» (3/ 329).

(3) «شرح حدود ابن عرفة» ص (319).

(4) «الشرح الصغير» (3/ 272) طبعة دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- الطبعة الأولي.

(5) «السراج الوهاج» (1/ 240)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 235)، و«مغني المحتاج» (3/ 161)، و«حاشية الجمل علي شرح المنهاج» (3/ 377).

ويفرق الإمامان النووي، والماوردي بين لفظي الضمان، والكفالة في الاستعمال، فالضمان خاص بإحضار المال، والكفالة خاصة بإحضار البدن، ولذا يُقال: ضمان المال وكفالة البدن[1].

رابعًا: تعريف الحنابلة:

تعددت عبارات فقهاء الحنابلة في تعريف الضمان.

فقد عرفه ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ بقوله: (الضمان: هو ضَمُّ ذمة الضامن إلىٰ ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتهما جميعًا)[2].

وعرفه الإمام البهوتي رَحِمَهُ ٱللَّهُ وغيرُه بقوله: (الضمان: هو التزام من يصح تبرعه بما وجب، أو قد يجب علىٰ غيره مع بقائه)[3].

والحنابلة يفرقون أيضًا بين الكفالة والضمان، فيعرفون الكفالة بقولهم: (هي التزام رشيد إحضار مَنْ عليه حق مالي لربه)[4].

ومع هذا التفريق، فإنهم يجيزون انعقاد الكفالة بأي لفظ من ألفاظ انعقاد الضمان؛ لأنها نوع منه، فالضمان عام، والكفالة خاصة.

قال في «مطالب أولي النهى»: (وتنعقد) الكفالة (بما) أي: لفظ (ينعقد به ضمان)؛ لأنها نوع منه فانعقدت بما ينعقد به[5].

---

(1) يُنظر: «روضة الطالبين» (4/ 253)، «مغني المحتاج» (3/ 161).

(2) «المغني مع الشرح» (6/ 313)، و«الكافي» (2/ 160).

(3) «كشاف القناع» (3/ 424،423)، و«الروض المربع» (2/ 180)، و«مطالب أولي النُّهىٰ» (3/ 292).

(4) «الروض المربع» (6/ 441)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (2/ 252).

(5) «مطالب أولي النهىٰ في شرح غاية المنتهىٰ» (3/ 314).

الفرق بين الكفالة والضمان:

الضمان والكفالة من حيث اللغة معناهما واحد.

قال الإمام السرخسي رَحِمَهُ اللَّهُ: (هذا العقد اسمه الكفالة وموجبه الضمان)[1].

وقال الخطيب الشربيني رَحِمَهُ اللَّهُ: (ويسمى الملتزم لذلك ضامنًا، وضمينًا وحميلًا، وزعيمًا، وكافِلًا، وكَفِيلًا، وصبيرًا، وقبيلًا)[2].

أما في اصطلاح الفقهاء:

فإن الغالب عليهم أنهم يطلقون الضمان، ويريدون به التزام المال، ويطلقون الكفالة ويريدون بها التزام إحضار النفس.

قال الإمام الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ: (غير أن العُرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العِظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع)[3].

ومن الفروق بين الكفالة والضمان أن الكفالة تكون بالنفس، والضمان يكون بالمال، ألا ترى أنك تقول: كفلت زيدًا، وتريد إذا التزمت تسليمه، وضمنت الأرض إذا التزمت أداء الأجر عنها، ولا يقال: كفلت الأرض، لأن عينها لا تغيب فتحتاج إلى إحضارها، فالضمان التزام شيء عن المضمون، والكفالة التزام نفس المكفول به، ومنه: كفلت الغلام إذا ضممته إليك لتعوله، ولا تقول: ضمنته؛ لأنك إذا طولبت به لزمك تسليمه، ولا يلزمك تسليم شيء، وفي القرآن: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ ولم يقل ضمنها.

---

(1) «المبسوط» للسرخسي (19/ 168) دار النشر دار المعرفة ببيروت.

(2) «مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج» (3/ 161) الناشر: دار الفكر – بيروت.

(3) «الحاوي الكبير» (6/ 431).

ومن الدليل علىٰ أن الضمان يكون للمال والكفالة للنفس أن الإنسان يجوز أن يضمن عمن لا يعرفه، ولا يجوز أن يكفل من لا يعرفه؛ لأنه إذا لم يعرفه لم يتمكن من تسليمه، ويصح أن يؤدي عنه، وإن لم يعرفه[1].

ومن الفقهاء من يطلق الضمان، ويريد به جميع أقسامه، ثم ما يختص به أحد أقسامه من الأحكام يذكره بعد ذلك، إما بلفظ الضمان، وبدون عنوان مستقل، كما تجده مثلًا في «مختصر خليل» للمالكية، وإما بلفظ كفالة البدن، وبعنوان مستقل، كما تجده في «المنهاج» و«روضة الطالبين» للشافعية، و«المغني» و«الروض المربع» و«شرح منتهىٰ الإرادات» للحنابلة، حيث بوبا بابًا للضمان، ثم أتبعوه بفصل عن كفالة البدن يختص بأحكامها.

ومن العلماء من يطلق لفظ الكفالة ويريد بها جميع أقسام الضمان، كما تجده مثلًا في (بدائع الصنائع والهداية) للحنفية.

وعلىٰ كل حال فالمسألة اصطلاحية، ولا مشاحة في الاصطلاح.

أقسام الضمان:

قسم الحنفية الضمان إلى قسمين:

القسم الأول: ضمان المال، ويدخل فيه الأعيان المضمونة. مثل المغصوب والمبيع بيعًا فاسدًا، والمقبوض علىٰ سوم الشراء.

قال في «**مجلة الأحكام**»: الكفالة بالمال هي الكفالة بأداء المال، ككفالة أحدٍ مالًا مغصوبًا أو دينًا صحيحًا[2].

---

(1) «الفروق اللغوية» (1/ 453) لأبي هلال العسكري.

(2) «مجلة الأحكام العدلية» (614)، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (1/ 623)، ويُنظر: «بدائع الصانع» (7/ 367).

القسم الثاني: ضمان النفس أو البدن، ويسمىٰ أيضًا ضمان الوجه: وهو التزام إحضار بدن المضمون[1].

وعرّفها المالكية بقولهم: -يعني الكفالة بالنفس -بأنها الالتزام بالإتيان بالغريم عند الأجل، أو عند وقت الحاجة[2].

وعند الشافعية هي: التزام إحضار المكفول إلىٰ المكفول له للحاجة[3].

وعرفها الحنابلة بقولهم: بأنها التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي[4].

ونلاحظ من خلال هذه التعاريف أنها تدور حول معنًىٰ واحد وإن اختلفت ألفاظها، فمفادها جميعًا ضرورة إحضار بدن مطلوب لغريمه عند الحاجة، ويسمىٰ هذا النوع من الكفالة: الكفالة بالنفس وبالوجه وبالبدن.

وزاد المالكية قِسْمًا ثالثًا: وهو ضمان الطلب، وهو التفتيش علىٰ الغريم إن تغيب ثم يدل رَبَّ الحق عليه[5].

وهناك قِسْمٌ آخر: وهو ضمان المعرفة، وسيأتي بيانه أيضًا إن شاء الله.

---

(1) «الهداية شرح البداية» (3/ 87)، و«فتح القدير» (7/ 164)، و«الاختيار» (2/ 167).

(2) «الشرح الصغير» (3/ 286) مع «بلغة السالك»، و«الشرح الكبير» (3/ 532).

(3) «مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج» (3/ 169).

(4) «كشاف القناع» (3/ 437، 438)، و«الروض المربع» (6/ 441)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (2/ 252).

(5) «الشرح الصغير» (3/ 287، 288).

ضمان الطلب:

ضمان الطلب قد اعتبره المالكية قسمًا ثالثًا من أقسام الضمان، ولكن عند التحقيق نجد أن ضمان الطلب لا يختلف كثيرًا عن ضمان الوجه، فهو كما قالوا: ضمان وجه مع شرط.

قال الشيخ الدردير رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وضمان الطلب التزام طلبه) والتفتيش عليه إن تغيب، ثم يدل رَبَّ الحق عليه (وإن لم يأت به) لرَبِّ الحق، ولذا صح ضمان الطلب في غير المال من الحقوق البدنية كالقصاص والتعازير والحدود، بخلاف ضمان الوجه، وأشار إلىٰ صيغته المحققة له، وإنها إما بصريح لفظه، وإما بضمان الوجه مع شرط نفي ضمان المال[1]. بقوله (كـ: أنا حميل بطلبه) أو عَلَيَّ طلبُه (أو لا أضمن إلا طلبه أو أشترط نفي المال) كأن يقول: أضمن وجهه بشرط عدم غرم المال إن لم أجده (أو) قال: (لا أضمن إلا وجهه) أي دون غرم المال فضمان طلب (و) إذا ضمنه كذلك (طلبه بما يقوىٰ عليه) عادة (إن غاب) عند حلول الأجل عن البلد وما قرب منها (وعلم موضعه)، وأما الحاضر فيطلبه في البلد وما قاربها إذا جهل موضعه ومفهوم وعلم... إلخ أنه إن غاب ولم يعلم موضعه فإنه لا يكلف بالتفتيش عنه، وهو كذلك، فإن ادعىٰ أنه لم يجده صُدِّق (وحلف

(1) إن ضمان الطلب يكون إما بلفظ وإما بصيغة ضمان الوجه واشتراط نفي المال بالتصريح كـ: أضمن وجهه وليس عليّ من المال شيء، أو ما يقوم مقامه كـ: لا أضمن إلا وجهه.

ما قصر)[1] في طلبه ولم يعلم موضعه (ولا غرم) عليه (إلا إذا فرط) في الطلب، حتىٰ لا يتمكن رب الحق منه فإنه يغرم، كأن طلبه في المكان الذي يظن أنه لا يكون به، وترك ما يظن أنه به، وأولىٰ إن هربه أو علم موضعه ولم يدل رب الحق عليه[2].

ومن هذا الشرح يتبين لنا أن ضمان الطلب قد لا يعد قسمًا ثالثًا، فهو كما قالوا، ضمان وجه مع شرط، وهذا الشرط هو عدم غرم المال، هذا إذ لم يفرط في الطلب، والإمام مالك اعتبر هذا كفالة وجه مع شرط فقد جاء في المدونة.

قال سحنون لابن القاسم: (أرأيت إن قال: «أنا أتكفل بوجهه إلىٰ أجل كذا وكذا، فإن لم آتِ به وإلا فعليَّ طلبه حتىٰ آتي به فأما المال فلا أضمنه» أيكون عليه من المال شيء إن مضى الأجل ولم يأت به في قول مالك؟ (قال): قال مالك: لا شيء عليه، ويكون كما اشترطه، (قلت): «أرأيت إن تكفلت لرجل

(1) قوله: وحلف ما قصر وغرم إن فرط أو هربه وعوقب، إن خرج لطلبه ثم قدم وزعم أنه لم يجده يشدد عليه، فإن لم يظهر عليه تقصير وعجز عن إحضاره برئ وكان القول قوله إذا مضت مدة يذهب فيها إلىٰ الموضع الذي هو فيه ويرجع، وغاية ما عليه أن يحلف أنه ما قصر في طلبه ولا دلس ولا يعرف له مستقر، هذا قول ابن القاسم، وأما إن وجده وتركه بحيث لا يتمكن ربُّه من أخذ الحق منه، أو هربه بحيث لا يتمكن ربه من أخذ الحق منه فإنه يغرم.

وعوقب أي إذا اتهم علىٰ أنه فرط كما في المدونة، وإنما عوقب لارتكابه معصية لأن التفريط في التفتيش حتىٰ تلف مال الغير معصية.

يُنظر: «شرح مختصر خليل» (6/ 33)، و«أقرب المسالك» (3/ 288).

(2) «الشرح الصغير مع بلغة السالك» (3/ 287- 288)، و«حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير» (3/ 346).

بوجه رجل إلىٰ أجل كذا وكذا؛ فإن لم أوافه به إلىٰ ذلك الأجل فلا شيء له عليّ من المال ولكنني حميل له بوجه، أطلبه له حتىٰ آتيه به»، (قال) قال مالك: هو علىٰ شرطه الذي اشترطه، ليس له عليه شيء، إلا طلب وجهه هو شرط لنفسه ما ذكرت)[1].

لكن هناك فرق يسير بين ضمان الطلب وضمان الوجه.

وهو أن ضمان الطلب يشارك ضمان الوجه في لزوم الإحضار، ويختص ضمان الوجه بالغرم عند التعذر، ولو لم يحصل تفريط ولا تهريب فإنه يغرَّم ما عليه من المال، أما إن كان الضمان في قصاصٍ أو جرحٍ أو حدٍّ أو تعزير ترتب علىٰ المضمون وفرط الضامن في الإتيان به، فإنه يعاقب فقط وهذا هو المذهب[2].

(1) «المدونة» (3/ 124) تحت عنوان في الحميل بالوجه لا يغرم، ويُنظر: «فقه البيع» (1359).
(2) يُنظر: «حاشية العدوي» (2/ 473)، و«حاشية الدسوقي علىٰ الشرح «الكبير» (3/ 347).

حكم الضمان والكفالة بالنفس:

اختلف العلماء في الكفالة بالنفس، أما الكفالة بالمال فلا خلاف في جوزاها كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ.

وأجاز جمهور الفقهاء الكفالة بالنفس إلا قولا للشافعي في (الجديد).

قال المرغيناني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (والكفالة ضربان، كفالة بالنفس وكفالة بالمال.

فالكفالة بالنفس جائزة، والمضمون بها إحضار المكفول به، وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوز؛ لأنه كفل بما لا يقدر علىٰ تسليمه، إذ لا قدرة له علىٰ نفس المكفول به، بخلاف الكفالة بالمال؛ لأن له ولاية علىٰ مال نفسه.

ولنا قوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «**الزعيم غارم**»[1] وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها؛ ولأنه يقدر علىٰ تسليمه بطريقة بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه، أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسّة إليه، وقد أمكن تحقق معنىٰ الكفالة، وهو الضم في المطالبة فيه)[2].

وقال ابن رشد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وأما الحمالة بالنفس، وهي التي تُعرف بضمان الوجه، فجمهور فقهاء الأمصار علىٰ جواز وقوعها شرعًا، إذا كانت بسبب المال، وحكي عن الشافعي في (الجديد) أنها لا تجوز، وحجته قوله تعالىٰ: ﴿قَالَ مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ﴾ [يُوسُف: 79]؛ ولأنها كفالة بالنفس، فأشبهت الكفالة في الحدود)[3].

---

(1) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: سيأتي تخريجه.

(2) «الهداية شرح البداية» (3/ 87).

(3) «بداية المجتهد ونهاية المقتصد» (2/ 450).

وقال الإمام المزني رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «مختصره»: (ضعَّف الشافعي كفالة الوجه في موضع، وأجازها في موضع آخر إلا في الحدود)[1].

وقال الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (والكفالة بالنفس علىٰ الخيار لا تجوز، وإذا جازت بغير خيار فليس يلزم الكافل بالنفس مال، إلا أن يسمي مالًا كفل به، ولا تلزم الكفالة بحَدٍّ ولا قصاص ولا عقوبة، لا تلزم الكفالة إلا في الأموال، ولو كفل بما لزم رجلًا في جروح عمد؛ فإن أراد القصاص فالكفالة باطلة، وإن أراد أرش الجراح فهو له والكفالة لازمة له؛ لأنها كفالة مال)[2].

وقال أبو الوليد الباجي رَحِمَهُ ٱللَّهُ متعقبًا قول الشافعي: (فأما الحمالة بالوجه فهي جائزة، خلافًا للشافعي في منعه من ذلك، والدليل علىٰ ما نقوله أن المقصود منها المال؛ لأنه حميل بوجه الغريم ليطالب بالمال، فنقول إنه وثيقة يتوصل بها إلىٰ المطالبة بالمال فصح تعلقها بالوجه كالشهادة)[3].

وقال ابن رشد أيضًا: (وحجة من أجازها - يعني: الكفالة بالوجه - عموم قوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «الزعيم غارم» وتعلقوا بأن ذلك مصلحة، وأنه مروي عن الصدر الأول، وأما الحكم اللازم عنها، فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون علىٰ أن المتحمل عنه إذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء، وحكي عن بعضهم لزوم ذلك، وفرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرًا وغائبًا، فقال: إن مات حاضرًا لم يلزم الكفيل شيء، وإن مات غائبًا نظر؛ فإن كانت المسافة التي

(1) «مختصر المزني» (1/ 109).
(2) «الأم» (3/ 204).
(3) «المنتقىٰ شرح الموطأ» (4/ 53).

بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها إحضاره في الأجل المضروب له في إحضاره، وذلك في نحو اليومين إلىٰ الثلاثة ففرط غرم، وإلا لم يغرم)[1].

وقال ابن بطال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولم يختلف الذين أجازوها في النفس أن المطلوب إن غاب أو مات لم يقم علىٰ الكفيل به حد، ولا لزمه قصاص، فصارت الكفالة بالنفس عندهم غير موجبة لحكم في البدن)[2].

وقال ابن المنير رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (والكفالة بالنفس قال بها الجمهور، ولم يختلف من قال بها أن المكفول بحدٍّ أو قصاصٍ إذا غاب أو مات، أن لا حد علىٰ الكفيل بخلاف الدَّين، والفرق بينهما أن الكفيل إذا أدىٰ المال وجب له علىٰ صاحب المال مثله)[3].

ولكننا رأينا أغلب الشافعية يصححون ويقولون بضمان الوجه، فقد قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «روضة الطالبين»:

(فصل في كفالة البدن: وتسمىٰ أيضًا كفالة الوجه، وهي صحيحة علىٰ المشهور، وقيل تصح قطعًا، فتجوز ببدن مَن عليه مال؛ فإن كان عليه عقوبة؛ فإن كانت لآدمي كالقصاص وحدِّ القذف صحت الكفالة علىٰ الأظهر، وقيل لا تصح قطعًا، وإن كانت حدًّا لله تعالىٰ لم تصح علىٰ المذهب. وقيل قولان. وضبط الإمام والغزالي من تكفل ببدنه فقال: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستدعاء أو يستحق إحضاره تجوز الكفالة ببدنه)[4].

---

(1) «بداية المجتهد» (2/ 405، 406).

(2) «شرح صحيح البخاري» (6/ 422).

(3) يُنظر: «فتح الباري» لابن حجر (4/ 576).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 253).

وقال الإمام الشيرازي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب، وقال في «الدعاوى والبينات»: إن كفالة البدن ضعيفة، فمن أصحابنا من قال تصح قولًا واحدًا، وقوله: «ضعيفة»، أراد من جهة القياس، ومن أصحابنا من قال فيه قولان:

أحدهما: أنها لا تصح؛ لأنه ضمان عين في الذمة بعقد، فلم يصح، كالسلم في ثمرة نخلة بعينها.

والثاني: يصح، وهو الأظهر؛ لما روى أبو إسحاق السبيعي عن حارثة بن مضرب (**قال: صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه، وقال: أما بعد فو الله لقد بت البارحة وما في نفسي على أحدٍ إِحْنَة**[1]**، وإني كنت استطرقت رجلًا من بني حنيفة وكان أمرني أن آتيه بغلس، فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة، - مسجد عبد الله بن النواحة - فسمعت مؤذنهم يشهد أن لا إله إلا الله. وأن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعي وكففت فرسي، حتى سمعت أهل المسجد قد تواطئوا على ذلك فقال عبد الله بن مسعود: عليَّ بعبد الله بن النواحة، فحضر واعترف، فقال له عبد الله: أين ما كنت تقرأ من القرآن؟ فقال: كنت أتقيكم به، فقال له: تب، فأبى، فأمر به فأُخرج إلى السوق فجز رأسه، ثم شاور أصحاب محمد صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بقية القوم، فقال عدي بن حاتم: ثؤلول كُفر قد أطلع رأسه فأحسمه. وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس: استتبهم؛ فإن تابوا كفلهم عشائرهم، فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائرهم**)[2].
ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد، فجاز الكفالة به كالدين)[3].

(1) أي حقد.

(2) سيأتي تخريجه إن شاء الله.

(3) «المهذب في فقه الإمام الشافعي» (1/ 343)، ويُنظر: «المجموع» (13/ 214)، و«مغني المحتاج» (3/ 169).

أدلة مشروعية الضمان والكفالة بالنفس:

الضمان جائز بالكتاب والسنة والإجماع.

أولًا: الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ [يوسف: 66].

موثقًا من الله: عهدًا يوثق به، قال السدّي: حلفوا بالله ليردونه ولا يسلمونه[1].

ووجه الاستدلال من هذه الآية على مشروعية الكفالة بالنفس؛ أن يعقوب عَلَيْهِ السَّلَامُ حاول ضمان عودة ابنه الصغير بأخذ العهد على ذلك.

يقول الإمام القرطبي رَحِمَهُ اللَّهُ: (هذه الآية أصل في جواز الحمالة بالعين، والوثيقة بالنفس)[2].

2- قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72].

ووجه الاستدلال بهذه الآية على صحة الكفالة، ما قاله الإمام الخطابي رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الزعيم هو الكفيل، ومنه قيل لرئيس القوم الزعيم؛ لأنه هو المتكفل بأمورهم[3].

وقال أبو الوليد الباجي رَحِمَهُ اللَّهُ: (أما الاستدلال على ثبوت هذا الاسم- الزعيم - للكفالة من جهة اللغة فبيِّن، وأما الاستدلال على ثبوت حكمها، فإنما

(1) «الجامع لأحكام القرآن» (5/ 203).

(2) المصدر السابق.

(3) «معالم السنن» (3/ 177).

هو رأي من يقول: إن شرع من قبلنا شرع لنا إلا ما خصه الدليل، وهو المشهور من مذهب الإمام مالك)[1].

ثانيًا: السنة:

قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«العارية مؤداة والمنحة مردودة والدَّين مقضي والزعيم غارم»**[2].

والشاهد قوله عليه الصلاة والسلام: «والزعيم غارم».

---

(1) «المنتقىٰ شرح الموطأ» (6/ 80).

(2) حديث صحيح: رواه أبو داود (3565)، والترمذي (1265)، وابن ماجه (2405)، وأحمد (5/ 267)، والطيالسي (1211)، وعبد الرزاق في «المصنف» (4/ 148- 8/ 181- 9/ 48)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (4/ 316)، والدارقطني (3000)، والطبراني في «مسند الشاميين» (525)، وفي «المعجم «الكبير» (8/ 135/ 137)، وفي «مسند الشهاب» (1/ 64)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (6/ 72)، من طرق عن إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة مرفوعًا به.

قال الإمام الذهبي في «السير» (8/ 323): وهذا إسناد قوي.

قلت: فيه إسماعيل بن عياش وهو صحيح الحديث إذا روىٰ عن الشاميين كما قال الإمام أحمد وابن المديني. قلت: وهذا الحديث عن شرحبيل بن مسلم الخولاني وهو شامي صدوق.

وله شاهد عند الإمام أحمد في «مسنده» (5/ 293) عن علي بن إسحاق السلمي عن عبد الله ابن المبارك عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سعيد بن أبي سعيد عمن سمع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وهذا إسناد جيد ولا يضر إبهام الصحابي وأخرجه أيضًا الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (11/ 297)، وقد ورد اسم الصحابي المبهم عند ابن ماجه (2399)، والدارقطني (4/ 70، 4110)، والطبراني في «مسند الشاميين» (1/ 360) من طريق محمد ابن شعيب وعمر بن عبد الواحد عن عبد الرحمن بن يزيد عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أنس بن مالك به.

فهذا الحديث يدل بمنطوقه أن الكفيل غارم بتحمله ضمان رجوع الحق إلىٰ صاحبه، سواء أكان عينًا أم دينًا أم نفسًا. ثم يدل بمفهومه وإشارته إلىٰ أن الكفالة بالمال وبالنفس جائزة ومشروعة، ويترتب عليها آثارها من الغرامة عند طلب الحق من قبل صاحبه.

وقد استدل الإمام البخاري رَحِمَهُ ٱللَّهُ في صحيحه على صحة الكفالة فقال: (باب الكفالة في القروض والديون بالأبدان وغيرها) ثم ذكر ما يلي:

1- وقال أبو الزناد عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه قال: إن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ بعثه مصدقًا، فوقع رجل علىٰ جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتىٰ قدم علىٰ عمر، وكان قد جلده مائة جلدة، فصدقهم وعذره بالجهالة[1].

(1) هذا الأثر رواه الإمام البخاري (2290) معلقًا بصيغة الجزم، ووصله الإمام الطحاوي في «المشكل» (11/ 320)، وفي «شرح معاني الآثار» (3/ 36) من طريق ابن أبي داود عن ابن أبي مريم عن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه «أنَّ عمَرَ بعَثَهُ مصَدِّقًا علىٰ سَعدِ بن هذَيْمٍ فأَتَىٰ حَمزَةَ بمَالٍ لِيصَدِّقَهُ فإذا رَجلٌ يقول لامرأته: أَدّي صدَقَةَ مالِ مَولاَك وإذا المَرْأَةُ تَقول له: بلْ أنت أدِّ صدَقَةَ مالِ ابْنك فسَأَلَ حَمزَةُ عن أمرهما وَقَوْلِهِمَا فَأُخْبِرَ أنَّ ذلك الرَّجلَ زَوجُ تلْكَ الْمرْأَةِ وأَنَّهُ وقَعَ علىٰ جَاريَةٍ لها فوَلَدَتْ ولَدًا فأَعْتَقَتْهُ امْرأَتُهُ قالوا: فهَذَا الْمالُ لابْنِهِ من جَارِيَتِهَا فقال حمْزَةُ: لأرجمنك بأَحْجَارِك فقيل له: أَصْلَحَك اللّهُ إنَّ أَمْرَهُ قد رُفِعَ إلىٰ عُمرَ بن الْخطَّابِ فجَلَدَهُ عُمرُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ مائَةً ولم يرَ عليه الرَّجْمَ فأَخَذَ حمْزَةُ بالرَّجُلِ كَفيلًا حتىٰ قَدمَ علىٰ عُمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ فسَأَلَهُ عمَّا ذكَرَ من جلْدِ عُمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ إِيَّاهُ ولم يرَ عليه الرَّجْمَ فصَدَّقَهُمْ عُمرُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ بِذلِكَ من قَولِهِمْ وقال: إنّما درَأَ عنه الرَّجمَ أنَّهُ عذَرَهُ بِالجَهالِةِ».

قلت: هذا إسناد حسن فإن محمد بن حمزة قد وثقه ابن حبان وقد ضعفه ابن حزم وعاب عليه القطب الحلبي، وقال: لم يضعفه قبله أحد قلت: وقد روىٰ عنه جمع فلا ينزل حديثه عن الحسن، والله أعلم. =

قال الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (استفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان؛ فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي وقد فعله ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذٍ)(1).

2- وقال جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين: استتبهم وكفلهم، فتابوا وكفلهم عشائرهم(2).

= ولهذه القصة شاهد عند عبد الرزاق في «مصنفه» (7/ 345/ رقم 13430)، ومن طريقه البيهقي في «الكبرىٰ» (8/ 241) من طريق معمر عن سماك بن الفضل قال: أخبرني عبد الرحمن البيلماني قال: مررت بأبي سلمة بن عبد الرحمن وعنده رجل يحدثه، فدعاني فقال: إذا سمعنا مغربة أحببنا أن نسمعكما، وإذا سمعتما أحببنا أن تحدثا بها، ثم قال لي سله، يريد الرجل الذي عنده عما يحدث: فقال الرجل: بعث عثمان مصدقًا إلىٰ بني سعد بن هدير فبينما هو يصدق إذ قال رجل لامرأته ومعها جارية، فقال لامرأته: اصدقي عن مولاتك، يعني الجارية. فقالت امرأته: بل اصدق عن ابنك، فقال المصدق: وما شأن هذه؟ فقال الرجل: كانت أم هذه الجارية أمة لامرأتي هذه، فوقعت عليها فولدت هذه الجارية فقال المصدق: لأرفعنك حتىٰ أبلغ أمير المؤمنين فقال: إن كان أمير المؤمنين قد قضىٰ فينا؟ قال المصدق: وما قضىٰ فيكم؟ قال: رفع أمره إلىٰ عمر أمير المؤمنين، فجلده مائة؟ ولم يرجمه...

(1) «فتح الباري شرح صحيح البخاري» (4/ 549).

(2) رواه البخاري في «صحيحه» معلقًا بصيغة الجزم (2/ 801) (باب الكفالة في القروض والديون بالأبدان وغيرها)، ووصله الإمام الطحاوي في «شرح المشكل» (11/ 312-313) من طريق القاسم بن عبد الرحمن الجزري عن أحمد بن سليمان أبو الحسن الرهاوي عن يحيىٰ بن آدم عن إسرائيل عن حارثة بن مضرب قال... وذكر القصة التي ذكرنها في استدلال الشافعية علىٰ كفالة البدن.

قلت: وهذا إسناد صحيح، رواته كلهم ثقات وقد تابع إسرائيل عن أبي إسحاق بهذه القصة بطولها أبو عوانة. فقد رواه البيهقي في «الكبرىٰ» (6/ 77) (8/ 206) من طريق أبي صالح بن أبي طاهر عن جده يحيىٰ بن منصور القاضي عن أبي بكر محمد بن إسماعيل بن يحيىٰ بن درست بن زياد عن أبي عوانة عن أبي إسحاق عن حارثة بتمامه. =

ووجه الاستدلال من أثر ابن مسعود رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ هذا: أنه أخذ الكفلاء على أصحاب عبد الله بن النواحه، حتىٰ إذا ما قالوا بنبوة مسيلمة مرة أخرىٰ طولب الكفلاء بإحضارهم لإقامة الحدود عليهم، وتصرف ابن مسعود هذا وعدم اعتراض الصحابة عليه دال علىٰ جواز وقوع الكفالة بالأبدان والله أعلم[1].

= قال الحافظ ابن حجر في «تغليق التعليق» (3/ 219): وهذا إسناد صحيح.

قلت: رواته كلهم ثقات.

ورواه أيضًا مختصرًا- بدون اللفظ الأخير الذي ذكره البخاري- ابن أبي شيبة في «المصنف» (6/ 439)، والنسائي في «الكبرىٰ» (8675)، والبزار في «مسنده» (5/ 188) عن أبي معاوية عن الأعمش عن أبي إسحاق عن حارثة به.

ورواه أبو داود (2762)، والطحاوي في «المشكل» (7/ 299/ 291)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (9/ 211)، والطبراني في «الأوسط» (8/ 244)، (8525)، وابن حبان في «صحيحه» (11/ 236) من طريق يزيد بن سنان ومعاذ بن المثنىٰ عن محمد بن كثير عن سفيان الثوري عن أبي إسحاق بنفس رواية الأعمش عنه. وقال الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن الثوري إلا محمد بن كثير.

قلت: هو ثقة قال الحافظ في «التقريب» لم يصب من ضعفه.

ورواه أيضًا عبد الرزاق (10/ 169)، وابن أبي شيبة (6/ 439)، والبيهقي في «الدلائل» (2079) من طريق ابن عيينة ووكيع وجعفر بن عون عن إسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم قال: جاء رجل إلىٰ ابن مسعود فقال فذكره مختصرًا.

ورواه الإمام أحمد (1/ 404)، والطحاوي في «شرح المشكل» (7/ 298) من طرق عن أبي بكر بن عياش عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل عن ابن معيز السعدي (اسمه عبد الله بن السعدي)، قال الحافظ في «تغليق التعليق» (3/ 291): وعرف بهذا أنه المبهم في رواية قيس بن أبي حازم قال: خرجت أسقي فرسًا لي في السحر فمررت بمسجد بني حنيفة، وهم يقولون إن مسيلمة رسول الله فأتيت عبد الله فأخبرته فبعث الشرطة فجاء بهم فاستتابهم... إلخ.

قال الهيثمي في «المجمع» (5/ 315): رواه أحمد، وابن معيز لم أعرفه وبقية رجاله ثقات.

(1) «تكملة المجموع» (13/ 220).

قال ابن المنير رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأَوْلىٰ)[1].

وقال الإمام الطحاوي رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعدما ساق هذين الحديثين قال: (ففي هذين الحديثين استعمالُ عبد الله الكفالةَ بالأنفس بمَشُورة مَن أشار عليه بها، وبحضور من حضرها، فلم ينكر عليه ذلك، ولم يخالف فيه، فدل ذلك علىٰ متابعتهم إياه عليه، وما جاء هذا المجيء كان بالقوة أَوْلَىٰ وبنفي الضعف عنه أحرىٰ، والله أعلم)[2].

3- حديث أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أنه ذكر رجلًا من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، فقال ائتني بالشهداء أشهدهم، فقال كفىٰ بالله شهيدًا: فقال ائتني بكفيل، فقال كفي بالله كفيلًا، فقال: صدقت فدفعها إليه إلىٰ أجل مسمىٰ...» الحديث[3].

قال الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ووجه الدلالة منه علىٰ الكفالة تحدث النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بذلك وتقريره له؛ وإنما ذكر ذلك ليتأسىٰ به فيه وإلا لم يكن لذكره فائدة)[4].

4- وقد بوب البخاري (باب من تكفل عن ميت دَينًا فليس له أن يرجع). وبه قال الحسن.

---

(1) «فتح الباري» (4/ 576).

(2) «شرح مشكل الآثار» (11/ 313).

(3) رواه البخاري هنا معلقًا في الكفالة (باب الكفالة في القروض والديون بالأبدان وغيرها) ووصله في البيوع (2063) عن عبد الله بن صالح عن الليث به، ورواه الإمام أحمد (8232) عن يونس بن محمد عن الليث.

(4) «فتح الباري» (4/ 551).

فقال الحافظ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (يحتمل قوله: (فليس له أن يرجع) - أي عن الكفالة - بل هي لازمة له وقد استقر الحق في ذمته، ويحتمل أن يريد فليس له أن يرجع في التركة، بالقدر الذي تكفل به، والأول أليق بمقصوده)[1].

ثم ذكر الإمام البخاري حديثين.

الأول: **حديث سلمة بن الأكوع** رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتي بجنازة ليصلي عليها فقال: «**هل عليه دَين؟**» قالوا: لا، فصلىٰ عليه، ثم أُتي بجنازةٍ أخرىٰ فقال: «**هل عليه من دَين؟**» قالوا: نعم، قال: «**فصلُّوا علىٰ صاحبكم**»، قال: أبو قتادة «عَلَيَّ دَينُه يا رسول الله» فصلَّىٰ عليه[2].

قال الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ووجه الأخذ منه، أنه لو كان لأبي قتادة أن يرجع، لما صلَّىٰ عليه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علىٰ المدين حتىٰ يوفي أبو قتادة الدَّين؛ لاحتمال أن يرجع فيكون قد صلَّىٰ علىٰ مدين دينُه باقٍ عليه، فدل علىٰ أنه ليس له أن يرجع)[3].

والثاني: **عن جابر بن عبد الله** رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا **قال**: قال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لو قد جاء مال البحرين قد أعطيتك هكذا وهكذا**»، فلم يجئ مال البحرين حتىٰ قبض النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما جاء مال البحرين أمر أبا بكر فنادىٰ: من كان له عند النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِدة أو دَين فليأتنا فأتيته فقلت له: إن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(1) «فتح الباري» (4/ 554).

(2) أخرجه البخاري (2/ 803) برقم (2295) كتاب الكفالة (44) باب: (من تكفَّلَ عن ميِّتٍ دينًا فلَيْسَ له أنْ يرْجِعَ)، وبِهِ قال الْحسَنُ.

(3) «فتح الباري» (4/ 554).

قال لي: كذا وكذا، فحثىٰ لي حثية، فعددتها، فإذا هي خمسمائة وقال: خذ مثليها[1].

قال الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ووجه دخوله في الترجمة أن أبا بكر قام مقام النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تكفل بما كان عليه من واجب أو تطوع، فلما التزم ذلك لزمه أن يوفي جميع ما عليه من دَين أو عِدةٌ، وكان صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحب الوفاء بالوعد، فنفذ أبو بكر ذلك)[2].

وقد استدل أهل العلم أيضًا علىٰ جواز الكفالة بما رواه الإمام مسلم في «صحيحه» عن قبيصة بن مخارق الهلالي قال: تحملت حملة فأتيت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أسأله فيها فقال: «**أقم حتىٰ تأتينا الصدقة فنأمر لك بها**»، قال: ثم قال: «**يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتىٰ يصيبها ثم يمسك...**» الحديث[3].

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (الحمالة هي المال الذي تحمله الإنسان، أي يستدينه ويدفعه في إصلاح ذات البين كالإصلاح بين قبيلتين ونحو ذلك، وإنما تحل له المسألة، ويعطىٰ من الزكاة بشرط أن يستدين لغير معصية)[4].

واستدلوا أيضًا بما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظ له في باب الكفالة:

عن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: أن رجلًا لزم غريمًا له بعشرة دنانير علىٰ عهد النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال ما عندي شيء أعطيكه، فقال: لا والله لا أفارقك حتىٰ

---

(1) أخرجه البخاري برقم (2/ 803) برقم (2296) كتاب الكفالة (44) باب: (من تكَفَّلَ عن ميِّتٍ دينًا فلَيْسَ له أنْ يرْجِعَ)، وبِهِ قال الْحسَنُ.

(2) «فتح الباري» (4/ 555).

(3) «صحيح مسلم» (1044) في كتاب الزكاة باب: (من تحل له المسألة).

(4) «شرح مسلم» للنووي (7/ 133).

تقضيني أو تأتيني بحميل[1] فجره إلىٰ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**كم تستنظره؟**» فقال شهرًا، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**فأنا أحمل له**» فجاءه في الوقت الذي قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**من أين أصبت هذا؟**» قال من معدن، قال: «**لا خير فيها**» وقضاها عنه[2].

قال الإمام الخطابي رَحِمَهُ اللَّهُ: (في هذا الحديث إثبات الحمالة والضمان، وفيه إثبات ملازمة الغريم، ومنعه من التصرف حتىٰ يخرج من الحق الذي عليه)[3].

ثالثًا: الإجماع:

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: (وأجمع المسلمون علىٰ جواز الضمان في الجملة)[4].

وقال ابن رشد رَحِمَهُ اللَّهُ: (وأما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة، ومجمع عليها من الصدر الأول من فقهاء الأمصار. وحكي عن قوم أنها ليست لازمة تشبيهًا بالعدة، وهو شاذ)[5].

---

(1) أي: بكفيل.

(2) رواه أبو داود (3328)، وابن ماجه (2406)، وعبد بن حميد في «مسنده» (597)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (12/ 226)، والطبراني في «الكبير» (11/ 218)، والحاكم في «المستدرك» (2/ 13/ 34)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (6/ 74) من طريق عبد الله بن مسلمة القعنبي ومحمد بن الصباح وإبراهيم بن حمزة جماعتهم عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة عن ابن عباس به وهذا إسناد حسن.

(3) «معالم السنن» (3/ 54).

(4) «المغني مع الشرح الكبير» (6/ 313).

(5) «بداية المجتهد» (2/ 405) ط: ابن رجب.

وأما الحمالة بالنفس، وهي التي تعرف بضمان الوجه، فجمهور فقهاء الأمصار علىٰ جواز وقوعها شرعًا إذا كانت بسبب المال[1].

وقال ابن هبيرة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (اتفقوا علىٰ جواز الضمان)[2].

وقال ابن المنذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وأجمعوا علىٰ أن الرجل إذا ضمن عن الرجل لرجل مالًا معلومًا بأمره؛ فإن الضمان لازم له، وله أن يأخذ ممن ضمن عنه)[3].

الحكمة من مشروعية الضمان والكفالة:

لم يرد الشرع بشيء من الأحكام إلا وله حكمة وتظهر الحكمة من مشروعية الكفالة بالمال من خلال ما قاله ابن الهمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث قال: (ومحاسن الكفالة جليلة، وهي تفريج كرب الطالب الخائف علىٰ ماله، والمطلوب الخائف علىٰ نفسه، حيث كُفيا مؤنة ما أهمهما، وقرَّ جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية، حتىٰ امتن الله تعالىٰ بها حيث قال: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ في قراءة التشديد يتضمن الامتنان علىٰ مريم، إذا جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أباح لها ذلك، وسمىٰ نبيًّا بذي الكفل لمَّا كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم)[4].

---

(1) المصدر السابق.

(2) «الإفصاح عن معاني الصحاح في مذاهب الأئمة الأربعة» (2/ 204).

(3) «الإجماع» لابن المنذر (535).

(4) «فتح القدير» (7/ 162). ويُنظر: «حاشية ابن عابدين» (5/ 285).

أركان وشروط الكفالة أو الضمان:

بعد ما تكلمنا عن تعريف الضمان والكفالة لغةً واصطلاحًا وعن مشروعيتهما والحكمة من مشروعيتهما فنتكلم الآن عن أركان وشروط الكفالة وتقع في خمسة فصول.

الفصل الأول: شروط الضامن أو الكفيل: وهو الذي ضم ذمته إلىٰ ذمة المدين ليُصبح ملتزمًا معه.

الفصل الثاني: أركان وشروط المضمون عنه: وهو الأصيل الذي عليه الدين اللازم أو الآيل إلىٰ اللزوم، ويُعبر عنه أحيانًا بالغريم.

الفصل الثالث: أركان وشروط المضمون له: وهو من يثبت حقه علىٰ المضمون عنه، ويقال له: الطالب والدائن أيضًا.

الفصل الرابع: أركان وشروط المضمون به أو المكفول به: وهو الحق الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه، أو هو الشخص المطلوب إحضاره.

الفصل الخامس: الصيغة: وهي ما يدل علىٰ الالتزام، ويقصد بها إيجاب الكفيل وقبول المكفول له، والصيغة هي الركن الوحيد عند الحنفية خلافًا للجمهور.

الفصل الأول

شروط الضامن أو الكفيل:
وهو الذي ضم ذمته إلى ذمة المدين، ليصبح ملتزمًا معه

شروط الضامن أو الكفيل سبعة على اختلاف فيها:

الشرط الأول: العقل:

فيشترط في الضامن أو الكفيل أن يكون عاقلًا بلا خلاف بين العلماء؛ لأن عقد الضمان عقد تبرع، ومبنىٰ عقود التبرع علىٰ الرضا، والرضا لا يستحق من فاقد العقل.

وعلىٰ هذا فلا يصح ضمان المجنون ولا المبرسم وهو الذي يهذي كثيرًا[1]؛ ولذلك رفع القلم عن فاقد العقل.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف)[2].

(1) «روضة الطالبين» (4/ 241)، و«المجموع» (13/ 151)، و«المغني مع الشرح» (6/ 321)، و«الكافي» (2/ 228). و«الشرح الكبير» للدردير (3/ 510).
(2) «المغني» (6/ 321)، ويُنظر: «المجموع» (13/ 159).

الشرط الثاني: البلوغ: أن يكون بالغًا:

وينبني على هذا الشرط حكم ضمان الصبي:

اتفق العلماء أولًا علىٰ أن الصبي غير المميز لا يصح ضمانه.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف)[1].

ثم اختلفوا في الصبي المميز على قولين ومثال لذلك:

لو أن صبيانًا يتبايعون في الدجاج فأحدهم باع علىٰ الآخر، وقال البائع: لا أقبل حتىٰ تحضر ضامنًا وصاحبه صبي هل يصح أم لا؟ علىٰ قولين.

القول الأول: إنه لا يصح ضمانه وهو قول الحنفية[2] والمالكية في الصحيح عندهم[3] والشافعية[4] والصحيح عند الحنابلة[5].

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين وهو قول الشافعي...؛ لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالتبرع)[6].

وقال الإمام الكاساني الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون؛ لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع)[7].

---

(1) المصادران السابقان.

(2) «مجمع الضمانات» (602).

(3) «حاشية الدسوقي» (3/ 510).

(4) «الحاوي الكبير» (6/ 461)، و«حاشية قليوبي» (2/ 404).

(5) «المغني» (6/ 321).

(6) المصدر السابق.

(7) «بدائع الصنائع» (7/ 363).

القول الثاني: أنّه يصح ضمان الصبي وهو وجه للحنابلة[1] وقول لبعض المالكية[2]. قياسًا على صحة إقراره وتصرفاته وبيعه بإذن وليه[3].

الشرط الثالث: أن لا يكون محجورًا عليه:

والحجر نوعان: حجر لسفه وحجر لفلس:

فالأول: ضمان المحجور عليه لسفه:

اختلف العلماء في المحجور عليه لسفه هل يصح ضمانه أو لا؟ على قولين:

القول الأول: أنه لا يصح ضمانه، وهو قول الحنفية[4] والمالكية[5] والشافعية[6]، والصحيح من مذهب الحنابلة[7].

قال الإمام الشيرازي رَحِمَهُ اللَّهُ: (فأما من يحجر عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه؛ لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح من الصبي والمجنون والسفيه كالبيع)[8].

وقال الإمام النووي رَحِمَهُ اللَّهُ: (فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه وإن أذن الولي؛ لأنه تبرع وتبرعه لا يصح بإذن الولي)[9].

---

(1) «المغني» (6/ 321)، و«الإنصاف» (5/ 193).

(2) «حاشية الدسوقي» (3/ 510).

(3) «المغني» (6/ 321)، و«الكافي» (2/ 228)، و«الإنصاف» للمرداوي (5/ 193).

(4) «البحر الرائق» (7/ 149)، و«حاشية ابن عابدين» (7/ 275)، و«درر الحكام» (7/ 278)، و«الأشباه والنظائر» (278).

(5) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (3/ 510)، و«شرح ميارة» (1/ 193).

(6) «روضة الطالبين» (4/ 241).

(7) «الكافي» (2/ 161).

(8) «المهذب» (1/ 339)، ويُنظر: «المجموع مع المهذب» (13/ 159).

(9) «روضة الطالبين» (4/ 241).

وقال الإمام ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الكافي: (ولا يصح إلا من جائز التصرف، فأما المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه؛ لأنه تبرع بالتزام مال فلم يصح منهم كالصدقة)[1].

وقال في «المغني»: (ولا يصح من السفيه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي)[2].

القول الثاني: أنه يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه، وهو وجه في مذهب الحنابلة[3].

قال القاضي أبو يعلى رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ويصح ضمان السفيه، ويتبع به بعد فك الحجر عنه؛ لأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه صح، فكذلك ضمانه)[4].

والثاني: ضمان المحجور عليه لفلس:

اختلف العلماء في المحجور عليه لفلس هل يصح ضمانه أو لا؟ اختلفوا في ذلك على قولين أيضًا:

القول الأول: أنه يصح ضمانه، ويتبع به بعد فك الحجر عنه، وهو قول المالكية[5] والصحيح من مذهبي الشافعية[6] والحنابلة[7]؛ لأنه إيجاب مال في

(1) «الكافي» (2/ 161).
(2) «المغني» (6/ 321).
(3) «المغني» (6/ 321)، و«الإنصاف» (8/ 368).
(4) «المغني» (6/ 321).
(5) يُنظر: «الشرح الكبير» (3/ 512).
(6) يُنظر: «روضة الطالبين» (4/ 242)، و«المهذب» (1/ 339)، و«المجموع» (13/ 159)، و«مغني المحتاج» (3/ 612).
(7) «المغني» (6/ 322)، ويُنظر: «الإنصاف» (8/ 368).

الذمة بعقد، فصح من المفلس كالشراء بثمن في الذمة[1]؛ ولأنه من أهل التصرف، والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبه الراهن، فصح تصرفه فيما عدا الرهن، فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترىٰ في ذمته[2].

القول الثاني: أنه لا يصح ضمانه، لأنه ليس من أهل التبرع وهو رواية عند الحنابلة[3].

قال المرداوي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وفي «التبصرة» رواية لا يصح ضمان المفلس المحجور عليه)[4].

الشرط الرابع: «الصحة»:

المقصود بالصحة: أن يكون الإنسان صحيحًا غير مريض.

والمرض نوعان: مرض عادي غير مخوف، ومرض مخوف وهو مرض الموت.

المرض إذا كان غير مخوف فحكم ضمانه حكم الصحيح.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فأما المريض؛ فإن كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح)[5].

ولو أقر في مرضه أنه كفل في صحته تعتبر من كل ماله عند أبي حنيفة[6].

---

(1) «المهذب» (1/ 339)، ويُنظر: «المجموع» (13/ 159).

(2) «المغني» (6/ 322)، ويُنظر: «الإنصاف» (8/ 368).

(3) «الإنصاف» (5/ 190).

(4) «الإنصاف» (8/ 368).

(5) «المغني» (6/ 323).

(6) «مجمع الضمانات» (609).

وأما إن كان مريضًا مرض الموت المخوف، فحكم ضمانه حكم تبرعه، يحسب من ثلثه عند جماهير العلماء الحنفيه[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]؛ لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضًا، فأشبه الهبة.

وقال الإمام الكاساني الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة، فتصح كفالة المريض، لكن من الثلث؛ لأنها تبرع)[5].

وقال الدردير رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الشرح الكبير»: (وصح الضمان ولزم من أهل التبرع وهو المكلف الذي لا حجر عليه، ولو فيما ضمن فيه فدخل ضمان.... زوجة ومريض مرضًا مخوفًا بثلث أو بما زاد عليه بيسير، شأنه أن لا يقصد به الضرر كالدينار لا ما زاد على ذلك فلا يلزم وإن صح، فيتوقف على إجازة الزوج أو الوارث).

قال الدسوقي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (أي: فإن شاء الزوج رد الجميع أو أمضى الجميع، وأما الورثة؛ فإن شاءوا ردوا ما زاد على الثلث؛ وإن شاءوا أجازوا الجميع)[6].

وقال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وأما ضمان المريض، فقال صاحب «الحاوي»: هو معتبر من الثلث؛ لأنه تبرع؛ فإن كان عليه دين مستغرق فالضمان باطل، وإن

---

(1) «بدائع الصانع» (7/ 364)، و «مجمع الضمانات» (609).

(2) «حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير» (3/ 511)، ويُنظر: «المدونة» (5/ 278).

(3) «روضة الطالبين» (4/ 242).

(4) «الإنصاف» (5/ 191).

(5) «بدائع الصانع» (7/ 364).

(6) «حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير» (3/ 511)، ويُنظر: «المدونة» (5/ 278).

خرج بعضه من الثلث صح فيه، فلو ضمن في مرضه، ثم أقر بدَين مستغرق، قدم الدين ولا يؤثر تأخر الإقرار به، والله أعلم)[1].

وقال المرداوي رَحِمَهُ ٱللَّهُ **في «الإنصاف»**: (فيصح ضمانه (يعني المريض) بلا نزاع، لكن إذا مات في مرضه حُسب ما ضمنه من ثلثه)[2].

فتبين مما سبق أن المريض إن كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح، وإن كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه، فلا يصح فيما يزيد على ثلث ماله.

الشرط الخامس الذكورة: وينبني على هذا حكم ضمان المرأة:

لا خلاف بين العلماء على صحة ضمان الرجل البالغ العاقل الرشيد غير المحجور عليه بسفهٍ أو فلسٍ كما سبق.

وإنما اختلف العلماء في حكم ضمان المرأة، هل يصح منها أم لا؟على قولين:

القول الأول: قالوا بصحة ضمان المرأة مطلقًا، سواء كانت متزوجة أم غير متزوجة، وسواء كان بإذن الزوج، أم لا، وهو قول الشافعية[3] والحنابلة[4].

قال الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإذا دَفَع إلى المرأة مالَها والرَّجُلِ، فسواءٌ كانت المرأة بكرًا أو متزوجة عند زوج أو ثيبًا، كما يكون الرجل سواء في

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 242).

(2) «الإنصاف» (5/ 191).

(3) «الأم» (3/ 195)، «روضة الطالبين» (4/ 242)، و«تكملة المجموع» (13/ 195).

(4) «المغني مع الشرح الكبير» (6/ 371).

حالاته، وهي تملك من مالها ما يملك من ماله، ويجوز لها ما يجوز له في ماله، فكذلك حكم الله عَزَّوَجَلَّ فيها وفيه، ودلالة السُّنة، وإذا نكحت فصداقها مال لها تصنع به ما شاءت، كما تصنع بما سواه من مالها)[1].

وقال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فرع: ضمان المرأة صحيح، مزوجة كانت أو غيرها، ولا حاجة لإذن الزوج كسائر تصرفاتها)[2].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله، سواء كان رجلًا أو امرأة؛ لأنه عقد يقصد به المال، فصح من المرأة كالبيع)[3].

وقد استدلوا علىٰ ذلك بما ورد من أدلة تدل علىٰ جواز اصطناع المرأة المعروف وتصدقها من مالها، وإن لم يأذن لها الزوج، سواء كانت بكرًا أو ذات زوج أو أيم.

ومن هذه الأدلة ما أخرجه البخاري[4]، ومسلم[5] من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا قال: قام النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ يوم الفطر فصلىٰ، فبدأ بالصلاة ثم خطب، فلما فرغ نزل فأتىٰ النساء فذكرهن وهو يتوكئ علىٰ يد بلال، وبلال باسط ثوبه ثم قال: «هلم». لكنَّ فداء أبي وأمي، فيلقين الفتخ والخواتيم في ثوب بلال.

---

(1) «الأم» (3/ 195).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 242).

(3) «المغني مع الشرح الكبير» (6/ 371).

(4) برقم (1/ 327، 332) حديث رقم (978، 979) باب: موعظة الإمام النساء يوم العيد.

(5) برقم (2/ 602) حديث رقم (884، 885) كتاب صلاة العيدين.

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وفي هذا الحديث جواز صدقة المرأة من مالها بغير إذن زوجها، ولا يتوقف ذلك على ثلث مالها، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور.

وقال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوز الزيادة على ثلث مالها إلا برضا زوجها. ودليلنا من الحديث أن النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لم يسألهن: أستأذن أزواجهن في ذلك أم لا؟ وهل هو خارج من الثلث أم لا؟ ولو اختلف الحكم بذلك لسأل)[1].

وقد أعتقت ميمونة قبل أن تُعْلِم النبيَّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فلم يعب ذلك عليها، فقد روى الإمام البخاري في «صحيحه»، وعنون عليه ولغيره بباب هبة المرأة لغير زوجها، وعتقها إذا كان لها زوج، فهو جائز إذا لم تكن سفيهة، فإذا كانت سفيهة لم يجز. قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: 5].

ثم ساق حديث ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: أن ميمونة بنت الحارث رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا أخبرته أنها أعتقت وليدة ولم تستأذن النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدتي؟[2] قال: «**أَوَ فعلتِ؟**». قالت: نعم، قال: «**أما إنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك**»[3].

---

(1) «شرح مسلم» (3/ 443)، ويُنظر: «فتح الباري» (2/ 568).

(2) **الوليدة**: يعني الجارية.

(3) «صحيح البخاري» (2/ 519) حديث (2452) باب: هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة فإذا كانت سفيهة لم يجز قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾.

قال الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (قوله: (باب هبة المرأة لغير زوجها، وعتقها إذا كان لها زوج) أي: ولو كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة، فإذا كانت سفيهة لم يجز، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ وبهذا الحكم قال الجمهور، وخالف طاوس فمنع مطلقًا، وعن مالك لا يجوز لها أن تعطي بغير إذن زوجها، ولو كانت رشيدة إلا من الثلث، وعن الليث لا يجوز مطلقًا إلا في الشيء التافه.

وأدلة الجمهور من الكتاب والسنة كثيرة، واحتُجَ لطاووس بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه: «**لا تجوز عطية امرأة في مالها إلا بإذن متزوجها**» أخرجه أبو داود، والنسائي.

وقال ابن بطال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأحاديث الباب أصح، وحملها مالك علىٰ الشيء اليسير، وجعل حدّه الثُلث فما دونه[1].

ثم قال الحافظ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ووجه دخول حديث ميمونة في الترجمة أنها كانت رشيدة وأنها أعتقت قبل أن تستأمر النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلم يستدرك ذلك عليها، بل أرشدها إلىٰ ما هو الأَوْلىٰ، فلو كان لا ينفذ لها تصرف في مالها لأبطله - والله أعلم)[2].

القول الثاني: التفصيل: وهو قول الإمام مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

1- فأما المرأة التي لا زوج لها وكانت قد تزوجت، فضمانها صحيح في جميع مالها[3].

(1) «فتح الباري شرح صحيح البخاري» (5/ 258).

(2) المصدر السابق (5/ 259).

(3) «المدونة» (5/ 284- 289)، و«الشرح الكبير» (3/ 511).

جاء في «المدونة الكبرى» لسحنون: قال: قلت: أرأيت كفالة المرأة أتجوز عند مالك أم لا؟ قال: قال مالك: إذا لم يكن لها زوج فذلك جائز بمنزلة الرجل، قال: وقال مالك في التي ليس لها زوج: تجوز كفالتها في جميع مالها.

قلت: أرأيت إن كانت المرأة أيمًا لا زوج لها، تكفلت بكفالة، أيجوز ذلك عليها؟

قال: نعم عند مالك؛ لأن معروفها جائز إذا كانت لا يولىٰ عليها[1].

2- أن الجارية البكر التي قد بلغت وعنست، لا يصح ضمانها.

فقد جاء في «المدونة»: قلت: أرأيت الجارية البكر التي قد بلغت وعنست من أهلها، تكفلت بكفالة أيجوز ذلك أم لا؟

قال: قال مالك في هبتها وصدقتها: لا تجوز إذا كانت قد عنست فكذلك كفالتها في هذا، قلت: لم لا يجوز ذلك؟ قال: لأن بضعها بيد أبيها[2]... (ثم قال) والبكر لا تجوز كفالتها؛ لأنه لا يجوز لها أن تصنع المعروف في مالها، وإنما الكفالة معروف، وهي أيضًا لا يجوز لها قضاء في مالها[3].

3- أن المرأة المتزوجة يصح ضمانها في ثُلث مالها فقط، إلا أن تكون الزيادة دينارًا أو شيئًا خفيفًا، أو يكون ضمانها عن زوجها، فيصح ولو استغرق مالها إذا كانت مرضية يعني غير سفيهة، وكان الضمان بإذن زوجها.

(1) «المدونة» (5/ 289).

(2) «المدونة» (5/ 284).

(3) «المدونة» (5/ 285).

قال سحنون: قلت: هل تجوز كفالة المرأة ذات الزوج؟

قال: قال مالك: تجوز كفالتها فيما بينها وبين ثلثها.... إلا أن تكون إنما زادت الدينار أو الشيء الخفيف فهذا يعلم أنها لم تُرد به الضرر فهذا يمضي[1].

وقال في كفالة المرأة عن زوجها بما يغترف مالها بإذن زوجها:

قال سحنون: قلت: أرأيت لو أن امرأة تكفلت لرجل عن زوجها؟

قال: قال مالك: عطية المرأة للزوج المال جائز عليها، وإن أحاط ذلك بمالها كله، وكفالتها في جميع مالها، وإن أعطته أكثر من ثلثها فذلك جائز، وإن بلغت جميع مالها. قال مالك: وكذلك كفالة المرأة لزوجها إن كانت مرضية. قلت: أرأيت مالكًا لم جوز عطيتها للزوج المال كله، وجعله خلاف غيره من الناس إذا لم تكن سفيهة في حالها؟

قال: لأن الرجل إنما يتزوج المرأة لمالها، فهو خلاف غيره في هذا، إنما أعطاها إياه على بضعها ومالها[2].

ومما يستدل لهم على صحة ما ذهبوا إليه قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يجوز لامرأة أَمْرٌ في مالها إذا ملك زوجُها عصمتها**».

وفي رواية: «**لا يجوز لامرأة عطيةٌ إلا بإذن زوجها**»[3].

---

(1) المصدر السابق.

(2) «المدونة» (5/ 287، 288).

(3) حَدِيثٌ حَسَنٌ: رواه الإمام أحمد في «مسنده» (2/ 179-184- 207)، وأبو داود (3546، 3547)، والنسائي (2540- 3756- 3757)، وابن ماجه (2388)، وابن المبارك في «مسنده» (1/ 129)، والحاكم في «المستدرك» (2/ 54)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (6/ 60- 61)، وفي «معرفة السنن والآثار» (4/ 463).

ضمان المرأة في كفالة النفس أو الوجه وضمان الطلب:

ذكرنا قبل ذلك رأي المالكية في ضمان المرأة، وما ذهبوا إليه من حجر علىٰ مالها إلا في الثلث، وهنا نراهم يمنعون المرأة من كفالة الوجه والطلب ما لم يأذن الزوج.

قال الشيخ الدردير رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وللزوج رده) أي: ضمان الوجه عن زوجته إذا ضمنت، ولو كان دَين المضمون أقلَّ من ثلثها؛ لأنه يقول قد تحبس، أو تخرج لخصومة، أو لطلب المضمون، وفي ذلك معرة. وهذا إن ضمنت بغير إذن زوجها، وإلا فليس له رده، ومثل ضمان الوجه ضمان الطلب[1].

الشرط السادس: الرضا:

الرضا: لابد لصحة الضمان من رضا الضامن؛ لأنه عقد تبرّع، وهو مفتقر إلىٰ الرضا، ولا خلاف في ذلك بين العلماء؛ لأنه لا يلزمه الحق ابتداء.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولابد في الضمان من ضامن ومضمون ومضمون له، ولابد من رضا الضامن؛ فإن أُكره علىٰ الضمان لم يصح، ولا يعتبر رضا المضمون عنه، لا نعلم فيه خلافًا)[2].

---

(1) يُنظر: «الشرح الصغير بهامش بلغة السالك» (3/ 287)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (3/ 532)، و«شرح مختصر خليل» للخرشي (6/ 34)، و«مواهب الجليل» (5/ 114).

(2) «المغني مع الشرح الكبير» (6/ 314)، ويُنظر: «المجموع» (13/ 173).

الشرط السابع: الحرية:

ينبني علىٰ هذا الشرط حكم ضمان العبد.

وللعلماء في حكم ضمان العبد تفاصيل فقال جمهور العلماء الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] أنها لا تجوز بغير إذن سيده سواء كان مأذونًا له في التجارة أم غير مأذون له فيها.

قال الإمام الكاساني الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (الحرية: وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورًا كان أو مأذونًا له في التجارة؛ لأنها تبرع والعبد لا يملكه بدون إذن مولاه، ولكنها تنعقد حتىٰ يؤاخذ به بعد العتق؛ لأن امتناع النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولىٰ وقد زال، بخلاف الصبي؛ لأنها غير منعقدة منه لعدم الأهلية، فلا تتحمل النفاذ بالبلوغ.

ولو أذن المولىٰ بالكفالة، فإن كان عليه دَين لم يجز؛لأنّ إذنه بالتبرع لم يصح، وإن لم يكن عليه دَين جازت كفالته، وتباع رقبته في الكفالة بالدَّين، إلا أن يفديه المولىٰ.

وقال أيضًا في «المكاتب»: ولا تجوز كفالة المكاتب من الأجنبي؛ لأن المكاتب عبد ما بقىٰ عليه درهم علىٰ لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام.

---

(1) «بدائع الصانع» (7/ 364)، و «مجمع الضمانات» (603).

(2) «الأم» (3/ 204).

(3) «المغني مع الشرح الكبير» (6/ 322).

وسواء أذن له المولىٰ أو لم يأذن؛ لأن إذن المولىٰ لم يصح في حقه، وصح في حق القِنِّ، ولكنه ينعقد حتىٰ يطالب به، ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولىٰ، جاز لأنهما يملكان التبرع عليه)[1].

وقال الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فإن كفل العبد المأذون له في التجارة فالكفالة باطلة؛ لأن الكفالة استهلاك مال لا كسب مال، فإذا كنا نمنعه أن يستهلك من ماله شيئًا قل أو كثر، فكذلك نمنعه أن يكفل فيغرم من ماله شيئًا قلَّ أو كثر)[2].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده، سواء كان مأذونًا له في التجارة أو غير مأذون له، وبهذا قال ابن أبي ليلىٰ، والثوري، وأبو حنيفة، ويحتمل أن يصح، ويتبع به بعد العتق، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، ولأنه من أهل التصرف، فيصح تصرفه بما لا ضرر علىٰ السيد فيه، كالإقرار بالإتلاف.

ووجه الأول: أنه عقد تضمن إيجاب مال، فلم يصح بغير إذن كالنكاح.

وقال أبو ثور رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان من جهة التجارة جاز، وإن كان من غير ذلك لم يجز؛ فإن ضمن بإذن سيده صح؛ لأن سيده لو أذن له في التصرف صح)[3].

أما المالكية فقال الشيخ الدردير رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وصح) الضمان، ولزم (من أهل التبرع)، وهو المكلف الذي لا حجر عليه ولو فيما ضمن فيه، فيدخل فيه ضمان الزوجة والمريض بالثلث كما يأتي: ومفهوم من أهل التبرع فيه تفصيل، فتارة لا

(1) «بدائع الصانع» (7/ 364).

(2) «الأم» (3/ 204).

(3) «المغني مع الشرح الكبير» (6/ 322).

يصح كالواقع من سفيه أو مجنون أو صبي، وتارة يصح ولا يلزم كالواقع من زوجة أو مريض في زائد الثلث ومن العبد بغير إذن سيده، ومثل لأهل التبرع بقوله: (كمكاتب ومأذون) له في التجارة (أذن سيدهما) لهما في الضمان؛ فإن لم يأذن لهما لم يلزمهما وإن صح، بدليل قوله الآتي: (وأتبع ذُو الرق به) أي: بالضمان بمعنىٰ المال الذي ضمنه (وإن عتق) ضمن بإذن سيده أولًا، وليس له إسقاطه عنه في الأول، بخلاف الثاني فله إسقاطه قبل عتقه، فلا يتبع به بعده ولا يباع فيه قبل العتق ولو أذن له سيده فيه[1].

(1) «الشرح الكبير» (3/ 510، 511).

الفَصْلُ الثَّانِي

أركان وشروط المضمون عنه:

وهو الأصيل الذي عليه الدين اللازم أو الآيل إلى اللزوم، ويُعبر عنه أحيانًا بالغريم

وفيه مبحث وهو: شروط المضمون عنه وهي ثلاثة:

الشرط الأول: رضا المضمون عنه يعني: هل يشترط رضا المضمون عنه أم لا؟

لا خلاف بين العلماء علىٰ أنه لا يشترط رضا المضمون عنه.

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (لا يشترط رضاه بالاتفاق؛ لأن قضاء دَينه بغير إذنه جائز فضمانه أَوْلَىٰ)[1].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا يعتبر رضا المضمون عنه، لا نعلم فيه خلافًا؛ لأنه لو قضىٰ الدَّين عنه بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه)[2].

الشرط الثاني: قدرة المضمون عنه على تسليم المضمون:

اشترط الإمام أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن يكون المضمون عنه قادرًا علىٰ تسليم المضمون، إما بنفسه، وإما بنائبه، وبينما لم يشترط ذلك أكثر العلماء، حتىٰ صاحبا أبي حنيفة: أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله[3].

(1) «روضة الطالبين» (4/ 240).

(2) «المغني مع الشرح الكبير» (6/ 314).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 364).

وبناء علىٰ ذلك اختلفوا في حكم الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئًا، أما الميت الذي خلف وفاء فقد أجمعوا علىٰ صحة الضمان عنه[1].

أما الميت الذي لم يترك شيئًا، فقد اختلفوا فيه على قولين:

القول الأول: أنه يصح الضمان عن الميت، وهو قول عامة العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية[2].

قال الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وإذا ضمن الرجل دَين الميت بعد ما يعرفه ويعرف لمن هو فالضمان له لازم، ترك الميت شيئًا أو لم يترك)[3].

وقال الدردير رَحِمَهُ اللَّهُ: (و) صح الضمان (عن الميت المفلس) أي: المعسر بمعنىٰ الحمل عنه؛ لأنه معروف من الضامن، وخص المفلس بذلك؛ لأنه محل الخلاف بين الأئمة إذ منعه أبو حنيفة... وأما الحي أو الميت الموسر فلا خلاف في صحة الضمان عنه[4].

---

(1) يُنظر: «الإفصاح» لابن هبيرة (2/ 205)، و«روضة الطالبين» (4/ 240).

(2) يُنظر: «بدائع الصنائع» (7/ 364)، و«حاشية رد المحتار» (5/ 416)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (3/ 512)، و«الأم» (3/ 265)، و«الإفصاح» (2/ 205)، و«روضة الطالبين» (4/ 240)، و«المغني» (6/ 315، 316).

(3) «الأم» (3/ 265).

(4) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (3/ 512)، وقال الدسوقي في «حاشيته»: قوله: (وصح الضمان عن الميت المفلس) أي: ولزم أيضًا وإذا تحمل عن الميت المعسر عالمًا بعسره فأدىٰ عنه، فإنه لا يرجع في مال يطرأ بعد ذلك؛ لأن تحمله معروف وتبرع منه، وأما إن علم أن له مالًا أو ظنه أو شك فيه، ثم ظهر له مال، فإنه يرجع بما دفعه عنه، بخلاف ما إذا أدىٰ عن المفلس بالتشديد فإنه لا يرجع مطلقًا، كذا قال عبق (الشيخ عبد الباقي الزرقاني)، ونقله شيخنا العدوي. قال بن: (الشيخ محمد البناني)، وفيه نظر بل ظاهر «المدونة» أن له الرجوع إن علم أن له مالًا، ولا فرق بين المفلس بالتشديد والتخفيف.

استدل الجمهور على صحة الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئًا بما يلي:

1- بما رواه البخاري وغيرُه من حديث سلمة بن الأكوع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتي بجنازة ليصلي عليها فقال: «هل عليه من دَين؟» قالوا: لا، فَصَلَّىٰ عليه، ثم أُتي بجنازةٍ أخرىٰ فقال: «هل عليه من دَين؟» قالوا: نعم، قال: «فصلُّوا علىٰ صاحبكم» قال أبو قتادة: عليَّ دَينُه يا رسول الله، فصلىٰ عليه»[1].

والحديث صريح الدلالة في الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئًا.

قال الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ اللَّهُ: (استدل به علىٰ جواز ضمان ما علىٰ الميت من دَين ولم يترك وفاء، وهو قول الجمهور، خلافًا لأبي حنيفة، وقد بالغ الطحاوي في نصرة قول الجمهور)[2].

وقال الإمام البغوي رَحِمَهُ اللَّهُ **في شرح السنة بعدما روى هذا الحديث**: (وفيه دليل علىٰ جواز الضمان عن الميت، سواء ترك وفاء أم لم يترك، وهو قول أكثر أهل العلم، وبه قال الحسن وابن أبي ليلىٰ والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يصح الضمان عن ميت لم يترك وفاء، وبالاتفاق لو ضمن عن حي معسر دينا، ثم مات من عليه الدين كان الضمان بحاله، فلما لم يُنافِ موتُ المعسر دوامَ الضمان لا ينافي ابتداءه)[3].

2- واستدلوا أيضًا بما أخرجه الدارقطني، والبيهقي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ **قال**: كان الرسول عليه الصلاة والسلام إذا أُتِي بجنازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل

---

(1) رواه البخاري (2295).

(2) «فتح الباري» (4/ 582)، ويُنظر: «شرح مشكل الآثار» للطحاوي (10/ 333- 335).

(3) «شرح السنة» (4/ 359)، ويُنظر: «تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي» (4/ 153)، و«مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح» (6/ 110).

إلا أن يسأل عن دَينه؛ فإن قيل: عليه دَين كَفَّ عن الصلاة عليه، وإن قيل: ليس عليه دَين صلىٰ عليه، فأُتي بجنازة فلما قام سأل أصحابه: «**هل علىٰ صاحبكم من دَين؟**» قالوا: عليه ديناران دَيْنٌ، فعدل عنه رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «**صلوا علىٰ صاحبكم**»، فقال عليُّ بنُ أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: يا نبي الله هُمَا عَلَيَّ بَرِئَ منهما، فتقدم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فصلىٰ عليه، ثم قال: «**يا علي جزاك الله خيرًا، فَكَّ اللهُ رِهانَك كما فككت رِهانَ أخيك، إنه ليس مِنْ مَيِّتٍ يموت وعليه دَين إلا وهو مُرْتَهَنٌ بِدَينه، فَمَنْ فَكَّ رِهانَ ميت فَكَّ اللهُ رِهانَه يومَ القيامة**»، فقال بعضهم هذا لعليٍّ خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: «**بل للمسلمين عامة**»[1].

ولأنه لو تبرع رجل بقضاء دَينه جاز لصاحب الدَّين اقتضاؤه. فكذلك لو ضمنه صح. ولأنه لو ضمنه إنسان وهو حَيٌّ ثم مات، لم تبرأ ذمة الضامن، ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن[2].

---

(1) *ضعيف جدًا*: رواه الدارقطني في «سننه»، (3/ 46)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (6/ 73) حديث رقم (11181) من طريق إسماعيل بن عياش عن عطاء بن عجلان عن أبي إسحاق الهمداني عن عاصم بن ضمرة عن عليٍّ به.
قلت: فيه عطاء بن عجلان قال البخاري: منكر الحديث، وقال ابن معين: كذاب. وقال أبو حاتم: متروك الحديث.
ورُوِيَ أيضًا من حديث أبي سعيد الخدري فقد أخرجه عبد بن حميد كما في «مسنده» (893)، والدارقطني في «السنن» (3/ 87)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (6/ 73) حديث رقم (11180) من طرق عن عبيد الله الوصافي عن عطية العوفي عن أبي سعيد به، قال البيهقي: والحديث يدور علىٰ عبيد الله الوصافي وهو ضعيف جدًّا، وقال ابن عدي في «الكامل» (5/ 522): ضعيف جدًّا، وقال ابن حبان: ضعيف الحديث جدًّا. قلت: وفيه عطية العوفي، وهو ضعيف أيضًا.
وقد ضعف الحديث ابن الملقن في «البدر المنير» (6/ 709).
(2) «المغني» (6/ 316).

ولأن الموت لا ينافي بقاء الدَّين؛ لأنه مال حكمي فلا يفتقر بقاؤه إلىٰ القدرة، فهو دَين ثابت، فصح ضمانه كما لو خلف وفاء لدينه[1].

القول الثاني: لا يصح ضمان دَين الميت إلا أن يخلف وفاءً؛ فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف، وهو قول أبي حنيفة[2]. لأن الدَّين عبارة عن الفعل، والميت عاجز عن الفعل، فكانت هذه كفالة بدَين ساقط، فلا تصح كما لو كفل عن إنسان دَينًا وليس عليه دَينٌ[3].

وقال الإمام ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الكافي»: (ويصح ضمان دَين الميت المفلس وغيره)[4].

وقال أيضًا في «المغني»: (ومنها: صحة الضمان عن كُلِّ من وجب عليه حقٌّ، حيًّا أو ميتًا، مليئًا أو مفلسًا؛ لعموم لفظه فيه، وهذا هو قول أكثر أهل العلم، وقال أبو حنيفة: لا يصح ضمان دَين الميت إلا أن يخلف وفاءً؛ فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف؛ لأنه دَين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء، ولأن ذمته قد خربت خرابًا لا تعمر بعده، فلم يبق فيها دَين، والضمان: ضم ذمة إلىٰ ذمة في التزامه.

ثم قال: ولنا حديث أبي قتادة وعليٍّ فإنهما ضمنا دَين ميت لم يخلف وفاء، والنبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ حضهم علىٰ ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله: «**ألا قام**

(1) «بدائع الصانع» (7/ 364)، و«المغني» (6/ 316).
(2) «شرح فتح القدير» (7/ 206).
(3) «بدائع الصانع» (7/ 365).
(4) «الكافي» (2/ 161).

أحدكم فضمنه؟» وهذا صريح في المسألة، ولأنه دَين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دَينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه)[1].

وقال الإمام الشوكاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «نيل الأوطار» بعد ما ذكر أحاديث الباب: (وأحاديث الباب تدل على أنها تصح الضمانة عن الميت، ويلزم الضمين ما ضمن به، سواء كان الميت غنيًّا أم فقيرًا، وإلى ذلك ذهب الجمهور)[2].

الشرط الثالث: معرفة المضمون عنه: يعني هل يشترط أن يعرف الضامن المضمون عنه أم لا؟

وقد اختلف العلماء في اشتراط ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه، وهو الأصح عند الشافعية[3] والحنابلة[4].

واستدلوا على عدم اشتراط معرفة الضامن للمضمون عنه بما يلي:

1- حديث سلمة بن الأكوع رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ الذي أخرجه البخاري: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: «**هل عليه من دَين؟**» قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أُتي بجنازة أخرى فقال: «**هل عليه من دَين؟**»، قالوا:

(1) «المغني» (6/ 315، 316).

(2) «نيل الأوطار» (3/ 331).

(3) «روضة الطالبين» (4/ 240)، و«أسنى المطالب» (10/ 113)، و«مغني المحتاج» (2/ 200).

(4) «المغني» (6/ 314)، و«الإنصاف» (8/ 376).

نعم. قال: «صلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة: عَلَيَّ دَينُه يا رسول الله، فصلى عليه[1].

وبحديث علي بن أبي طالب الذي تقدم قريبًا، وهو ضعيف جدًّا كما مر.

قال الإمام ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: بعدما ذكر هذين الحديثين: (فإنهما - يعني أبا قتادة وعليًّا - ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه، ولأنه تبرع بالتزام مال، فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر)[2].

2- القياس على رضا المضمون عنه؛ إذ لا يشترط رضاه بالاتفاق، فكذلك معرفته[3].

القول الثاني: يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه، وهو قول الكاساني من الحنفية[4]، ووجه للشافعية[5] وللحنابلة[6].

قال القاضي أبو يَعْلَى رَحِمَهُ اللَّهُ: (ليعرف وليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أم لا؟ وليعرف المضمون له فيؤدي إليه)[7].

---

(1) البخاري (2295).

(2) «المغني» (6/ 314).

(3) «مغني المحتاج» (2/ 200).

(4) «بدائع الصانع» (7/ 365).

(5) «مغني المحتاج» (3/ 164).

(6) «المغني» (6/ 314).

(7) «المغني» (6/ 314).

القول الثالث: وهو مذهب الحنفية: أنه يشترط معرفة المضمون عنه في التعليق والإضافة[1]. لا في التنجيز[2].

استدل الحنفية باشتراط المعرفة في التعليق والإضافة فقط دون التنجيز بأن القياس يأبىٰ - أصلًا - جواز تعليق الضمان وإضافته؛ لأنه تمليك في حق الطالب، وإنما جوِّز استحسانًا للتعامل، والتعامل إنما يكون إذا كان المكفول عنه معلومًا؛ فإذا كان مجهولًا فلا يبقىٰ علىٰ القياس.

وأما في «التنجيز»: فإن الكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق، حيث صح من غير قبوله وأمره، فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق[3].

---

(1) المراد بالتعليق والإضافة ما يقع في المستقبل.

مثال المعلق: إن غصبك فلان شيئًا فأنا كفيل، وتسمىٰ هذه معلقة بالشرط.

ومثال الإضافة: ما ذاب- أي: ما ثبت ذلك علىٰ الناس فَعَلَيَّ.

أو إذ قال شخص لآخر: كفلت لك ما تبيعه للناس بالدَّين، فإن الكفالة لا تصح لجهالة الناس الذين كفلهم.

(2) **الكفالة المنجزة**: وهي الواقعة في الحال، وهذه لا يشترط فيها أن يكون المضمون عنه معلومًا.

ومثال ذلك: أن يقول له: كفلت لك بما ثبت لك علىٰ الناس، فهذه صحيحة، ويلزمه أن يقوم بما ثبت له في الماضي علىٰ الناس الذين يعنيهم المكفول له صاحب الدَّين؛ لأنه بذلك يكون له الحق في تعيين من له عليه الدَّين.

يُنظر: «المجموع» (13/ 175)، و«الروض المربع» (6/ 433)، و«حاشية رد المحتار» (5/ 308)، و«المدونة» (3/ 133).

(3) «حاشية رد المحتار» (5/ 308- 309)، و«فتح القدير» (7/ 184).

الفصل الثالث

أركان وشروط المضمون له:
وهو مَن يثبت حقه على المضمون عنه،
ويقال له الطالب والدائن أيضًا

شروط المضمون له وهي ثلاثة:

الشرط الأول: معرفة المضمون له:

أي أن يعرف الضامن المضمون له.

وقد اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا يشترط معرفة الضامن للمضمون له، وهو قول المالكية[1] ووجه للشافعية[2]، والمذهب عند الحنابلة[3].

فلو قال: أنا ضامن الدَّين الذي على زيد للناس، وهو لا يعرف عين مَنْ له الدَّين صح الضمان[4].

---

(1) يُنظر: «أحكام القرآن» لابن العربي (1097)، و«الشرح الكبير» (3/ 517).

(2) يُنظر: «روضة الطالبين» (4/ 241)، و«مغني المحتاج» (2/ 200).

(3) يُنظر: «المغني» (6/ 314)، و«الروض المربع» (6/ 333)، و«شرح منتهى الإرادات» (2/ 248).

(4) يُنظر: «الروض المربع» (6/ 433).

قال ابن العربي المالكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (في جهالة المضمون له: قال علماؤنا: هي جائزة، وتجوز أيضًا مع جهالة الشيء المضمون أو كليهما)[1].

واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يُوسُف: 72].

قال ابن العربي المالكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (والآية نص في جهالة المضمون له، وحمل جهالة المضمون عنه أخف)[2].

وحديثا ضمان أبي قتادة وعلي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا المتقدم ذكرهما آنفًا، فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه كما هو ظاهر الحديثين، ولم يسألهما النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هل كانا يعرفانه أم لا[3]. ولو كان الحق يختلف بذلك لبينه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولأن الواجب أداء الحق فلا حاجة لمعرفة ما سوىٰ ذلك[4]. وأن الضمان تبرع بالتزام مال، فلم يعتبر من تبرع له به، كالنذر[5].

القول الثاني: أنه يشترط معرفة الضامن للمضمون له. فلو قال: أنا ضامن ما يحصل من هذا الدلال من ضرر علىٰ الناس، لم يصح، وهو قول الحنفية[6] والأصح عند الشافعية[7]، ووجه للحنابلة[8].

---

(1) «أحكام القرآن» (3/ 1097).
(2) «أحكام القرآن» (1098).
(3) «المغني» (6/ 314).
(4) يُنظر: «تكملة المجموع» (13/ 165).
(5) «المغني» (6/ 314).
(6) «بدائع الصانع» (7/ 365)، و«حاشية ابن عابدين» (5/ 308)، و«فتح القدير» (7/ 183).
(7) «روضة الطالبين» (4/ 240)، و«مغني المحتاج» (3/ 614)، و«شرح المنهاج» (3/ 379)، و«الفتاوىٰ الكبرىٰ» لابن حجر الهيثمي (3/ 73).
(8) «المغني» (6/ 314).

قال الإمام الكاساني الحنفي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وأما الذي يرجع إلى المكفول له أن يكون معلومًا، حتى إنه إذا كفل لأحدٍ من الناس لا تجوز؛ لأن المكفول له إذا كان مجهولًا لا يحصل ما شرع له الكفالة، وهو التوثيق)[1].

وقال الإمام النووي رَحِمَهُ اللَّهُ: (ويشترط معرفة المضمون له على الأصح)[2].

أي: معرفة الضامن للمضمون له، والمراد بمعرفته معرفته بالعين لا الاسم والنسب، وقيل: معرفته معاملته؛ إذ لا فائدة من مشاهدة من لا يعرف معاملته[3].

وقال القاضي أبو يعلى رَحِمَهُ اللَّهُ: (وتعتبر معرفة الضامن للمضمون له فيؤدي إليه)[4].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- أن الناس تتفاوت في استيفاء حقوقهم تشديدًا وتسهيلًا، يعني: إن كان طلبه لحقه ولدَينه على وجه السهولة، فيضمن، وإن كان على وجه الشدة فلا يضمن[5].

2- أن الضمان في حق الطالب بمنزلة البيع، والمضمون له كالبائع؛ لأنه تملك ما في ذمة المضمون عنه من الضامن، فلابد من التعيين، ولا يصح

(1) «بدائع الصانع» (7/ 365).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 240)، و«أسنى المطالب» (2/ 236)، و«مغني المحتاج» (3/ 164)، و«المجموع» (13/ 166).

(3) المصادر السابقة.

(4) «المغني» (6/ 314).

(5) «أسنى المطالب» (2/ 236)، «مغني المحتاج» (3/ 164)، و«نهاية المحتاج» (4/ 437)، و«حاشية قليوبي» (2/ 405)، ويُنظر: «أحكام القرآن» (3/ 1098).

بدون قبول المشتري، وقبوله يستلزم تعينه، فكانت جهالة الطالب (وهو المضمون له) مانعة لجوازها (أي مانعة لجواز الضمان) كجهالة المشتري مانعة البيع[1].

3- يشترط معرفته ليعلم الضامن، هل المضمون له أهل لإسداء الجميل إليه أم لا[2].

الشرط الثاني: رضا المضمون له:

أي هل يشترط رضا المضمون له أم لا؟

اختلف أهل العلم في المضمون له هل يشترط رضاه أم لا؟ على قولين:

القول الأول: لا يشترط رضا المضمون له، وهو أحد قولي أبي يوسف[3] وهو قول الشافعية[4]، والحنابلة[5].

قال الإمام النووي رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولا يشترط رضا المضمون له على الأصح، وهو قول الأكثرين[6]؛ لأن الضمان لا يضره إذ هو التزام يزيد دَيْنَه تأكيدًا)[7].

(1) «فتح القدير» (7/ 184).

(2) «حاشية الروض المربع» (6/ 433)، و«أحكام القرآن» (1098)، و«المجموع» (13/ 163).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 355، 356).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 240)، و«المهذب» (1/ 340)، و«الفتاوى الفقهية الكبرى» لابن حجر الهيثمي (3/ 73)، و«مغني المحتاج» (3/ 164)، و«أسنى المطالب» (2/ 244).

(5) «المغني» (6/ 314)، و«الروض المربع» (6/ 433)، و«كشاف القناع» (3/ 366).

(6) «روضة الطالبين» (4/ 240).

(7) «تكملة المجموع» للمطيعي (13/ 166).

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا يعتبر رضا المضمون له[1]؛ لأنه التزام لا معاوضة فيه، بل هو تبرع من الكفيل، فاعتبر رضاه وحده)[2].

وذلك لحديث ضمان أبي قتادة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ دَين الميت، ووجه الدلالة من الحديث كما يقول الإمام الكاساني الحنفي: أنه لم ينقل قبول الطالب[3]. فهو دليل علىٰ عدم قبوله منه، ولأنه لو طلب منه لنقل إلينا، وعدم طلب قبوله دليل علىٰ عدم اشتراط رضاه.

وقال الإمام الطحاوي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وفيه - أي الحديث - من الفقه إلزامه - يعني النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الكفيلَ الكفالةَ بغير قبول من المكفول له)[4].

ولأن الضمان وثيقة لا يعتبر فيها قبض، فصحّت من غير رضاه كالشهادة[5].

ولأن الضمان: هو التزام ما علىٰ الأصيل شرعًا، وليس تمليكًا، فصح بإيجاب من الضامن وحده، فأشبه النذر[6].

ولأن المريض إذا قال عند موته لورثته: «اضمنوا عني ما عَلَيَّ من الدَّين لغرمائي» وهم غُيَّبٌ، فضمنوا ذلك، فهو جائز ولا يلزمهم استحسانًا[7].

(1) «المغني» (6/ 314)، «منتهىٰ الإرادات» (2/ 148).
(2) «الروض المربع» (6/ 434).
(3) «بدائع الصانع» (7/ 355).
(4) «شرح مشكل الآثار» (10/ 333).
(5) «المغني» (6/ 314)، و«البيع» (1351).
(6) «بدائع الصانع» (7/ 355).
(7) «بدائع الصانع» (7/ 355)، و«فتح القدير» (7/ 202)، و«المغني» (6/ 314). و«اختلاف الفقهاء» (1/ 232)، و«تبيين الحقائق» (4/ 159)، و«تحفة العلماء» (3/ 241).

القول الثاني: أنه يشترط رضا المضمون له، وهو قول الحنفية[1] وأبي علي الطبري من الشافعية[2].

وهو أن يقول: «قبلت أو رضيت أو هويت، أو ما يدل على هذا المعنى»[3].

قال ابن الهمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)[4]. وذلك لأن الضمان ليس بالتزام محض، بل فيه معنى التمليك، والتمليك لا يتم إلا بإيجاب وقبول كالبيع[5].

فكان الإيجاب وحده شطر العقد، فلا يتوقف على غائب عن المجلس، كالبيع.

الشرط الثالث: العقل:

وهذا الشرط لم يشترطه غيرُ أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو تفريعٌ على قولهما باشتراط القبول في الضمان، فلا تصح الكفالة عندهم من المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن المكفول له لا تتم له الكفالة إلا بقبول على الصحيح، فيجب أن يكون من أهل القبول، ولا تصح الكفالة بقبول وليهما عنهما؛ لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب، ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول، ومن قبِلَ لم يقع الإيجاب له، فلا يعتبر قبوله[6].

(1) «بدائع الصانع» (7/ 355)، و«فتح القدير» (7/ 201)، و«حاشية ابن عابدين» (5/ 446)، و«البحر الرائق» (17/ 208).
(2) «المهذب» (1/ 340).
(3) «بدائع الصانع» (7/ 356).
(4) «فتح القدير» (7/ 201).
(5) «بدائع الصانع» (7/ 355)، و«فتح القدير» (7/ 202)، و«المهذب» (1/ 340).
(6) «بدائع الصانع» (7/ 367)، ويُنظر: «المجموع» (13/ 176).

أما الصبي الذي يعقل ففيه تفصيل:

إن كان الصبي تاجرًا- أي: مأذونًا له في التجارة - فيصح قبوله؛ لأنه يبيع عليه.

وإن كان الصبي غيرَ تاجرٍ، ففيه روايتان، والجواز قول أبي يوسف[1].

(1) «حاشية رد المحتار» (5/ 435).

الفصل الرابع

أركان وشروط المضمون به أو المكفول به:

وهو الحق الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه، أو هو الشخص المطلوب إحضاره.

إذا كان المكفول به مالًا، فقد وضع الفقهاءُ شروطًا خاصةً به. ولضمان البدن شروط خاصة به أيضًا.

وهذا الفصل يشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: شروط المضمون.

المبحث الثاني: شروط المكفول به.

المبحث الأول: شروط المضمون:

لقد وضع الفقهاء للمضمون ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون المضمون حقًّا ثابتًا:

صرح بعض العلماء بأن يكون المضمون حقًّا ثابتًا لصحة الضمان.

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وشرطه -أي المضمون- كونه ثابتًا)[1].

ويندرج تحت هذا الشرط أربعة مسائل:

المسألة الأولى: ضمان ما لم يجب.

المسألة الثانية: ضمان الدَّرَكِ، ويقال له أيضًا ضمان العهدة أو الثمن.

المسألة الثالثة: ضمان الأعيان المضمونة.

المسألة الرابعة: ضمان الأمانات.

(1) «روضة الطالبين» (4/ 244).

المسألة الأولى: ضمان ما لم يجب[1]

المقصود بما لم يجب: أي: الذي سيجب مستقبلًا، كنفقة الغد أو ثمن ما سيبيعه أو سيقرضه[2]، مثل: ما أعطيت فلانًا فهو عَلَيَّ.

وقد اختلف العلماء في حكم ضمان ما لم يجب على قولين:

القول الأول: أنه يصح ضمان ما لم يجب، وهو قول جمهور العلماء الحنفية[3] والمالكية[4] والحنابلة[5] وهو قول الشافعي في القديم[6].

القول الثاني: أنه لا يصح، وهو قول الشافعي في الجديد[7]؛ لأنه وثيقة بحق فلا يسبق الحق كالشهادة[8].

قال الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإنما يلزم الضمان بما عرفه الضامن، فأما ما لم يعرفه فهو من المخاطرة)[9].

---

(1) ويسمى أيضًا ضمان السوق كما سيأتي.

(2) «مغني المحتاج» (3/ 165).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 373)، و«فتح القدير» (16/ 167).

(4) «المدونة» (5/ 262)، و«بداية المجتهد» (2/ 409).

(5) «المغني» (6/ 325)، و«الروض المربع» (6/ 435).

(6) «روضة الطالبين» (4/ 244).

(7) «روضة الطالبين» (4/ 244).

(8) «المهذب» (1/ 341)، و«تكملة المجموع شرح المهذب» (13/ 184)، ويُنظر: «بداية المجتهد» (2/ 409).

(9) «الأم» (3/ 204).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وضمان ما لم يجب جائز عند جمهور العلماء، كمالك وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل، وقد دل عليه الكتاب كقوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يُوسُفَ: 72])[1].

ووجه الدلالة من الآية: أن المنادي ضمن حمل البعير لمن يأتي بالصاع، وهو ضمان ما لم يجب؛ لأن الصاع لم يأت بعد، وهذا وإن كان في شريعة من قبلنا، إلا أنه شرع لنا ما لم يأت دليل يرده من شرعنا وينسخه، كما هو مقرر في علم أصول الفقه، ومع هذا فقد جاء في شرعنا ما يدل عليه، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**العارية مؤداه، والمنحة مردودة، والدين مقضي والزعيم غارم**»[2]، والشاهد هو: قوله عليه الصلاة والسلام: «**والزعيم غارم**»، ووجه الدلالة منه أنه عام يشمل كل ضامن، سواء ضمن ما وجب أم ما لم يجب.

قال ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ويصح ضمان ما لم يجب، كما دل عليه القرآن...، والمصلحة تقتضي ذلك، بل قد تدعو إليه الحاجة أو الضرورة)[3].

ولهذا قال الحنابلة في تعريف الضمان: هو التزام ما وجب أو يجب علىٰ غيره مع بقائه عليه، أو هو ضم الإنسان ذمته إلىٰ ذمة غيره فيما يلزمه حالًا ومآلًا)[4].

وضمان ما لم يجب يسمىٰ أيضًا ضمان السوق، وهو: أن يضمن ما يلزم التاجر، أو ما يبقىٰ عليه للتجار، أو ما يقبض من الأعيان المضمونة.

---

(1) «مجموع الفتاوىٰ» (29/ 549).

(2) تقدم تخريجه.

(3) «إعلام الموقعين عن رب العالمين» (3/ 384).

(4) «فقه النوازل» (1/ 207)، و«الروض المربع» (2/ 180)، و«مطالب أولي النُّهىٰ» (3/ 292).

وقد سُئل شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عمن يكتب ضمان الأسواق وغيرها من الكتابة التي لا تجوز في الشرع، هل على الكاتب إثم؟ فإنه يكتب ويشهد على من حضر بما يرضى؛ فإن كان لا يجوز؛ فإن الكُتّاب لا يخلون من ذلك، فهل يأثمون بذلك أم لا؟

فأجاب رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ضمان السوق: وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون وما يقبضه من الأعيان المضمونة ضمان صحيح، وهو ضمان ما لم يجب، وضمان المجهول، وذلك جائز عند جمهور العلماء، كمالك، وأبي حنيفة، وأحمد بن حنبل. وقد دل عليه الكتاب كقوله: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: 72]، والشافعي يبطله، فيجوز للكاتب والشاهد أن يكتبه ويشهد عليه، ولو لم ير جوازه؛ لأنه من مسائل الاجتهاد، وَوَلِي الأمر يحكم بما يراه من القولين[1].

(1) «مجموع الفتاوى» (29/ 549).

المسألة الثانية:

ضمان الدَّرَك، ويقال له أيضًا ضمان العهدة أو الثمن:

وضمان الدَّرَك: هو أن يقول للمشتري: «أنا ضامن للثمن إن استحق المبيعَ أَحَدٌ»[1].

وقد اختلف مراد العلماء في ضمان الدَّرَك:

فقال الحنفية[2] والمالكية[3]: هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع.

وقال الشافعية: هو ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مستحقًّا، أو معيبًا أو ناقصًا، وضمان المبيع للبائع إن خرج الثمن مستحقًّا أو معيبًا أو ناقصًا[4].

---

(1) **والاستحقاق:** هو ظهور حق للغير في مالٍ، وهو قسمان:

القسم الأول: هو ما يبطل ملكية كل أحدٍ في المستحق به، كظهور المبيع وقفًا أو مسجدًا، وكذلك كما لو ادعىٰ متولٍّ لوقف أن المبيع الذي في يد المشتري وقفه وأثبت مدعاه، وحكم له بوقفية ذلك المبيع، وبعد ذلك لا تبقىٰ صلاحية لأحد في تملك ذلك المال.

القسم الثاني: ما ينقل الملكية من واحد إلىٰ آخر، كأن يشتري أَحَدٌ مالًا، فيظهر أنه ملك للآخر، فهذا الاستحقاق ينقل ويحول ملكية ذلك المال من المشتري إلىٰ ذلك الآخر، وللمشتري في قسمي الاستحقاق مراجعة بائعه في ثمن المبيع. يُنظر: «درر الحكام» (3/ 492)، و«فتح القدير» (7/ 181).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 373)، و«حاشية رد المحتار» لابن عابدين (5/ 303)، و«البحر الرائق» (6/ 259).

(3) «المدونة» (3/ 138).

(4) «مغني المحتاج» (3/ 165)، و«شرح المنهاج» (3/ 380)، و«السراج الوهاج» (1/ 41)، و«المهذب» (1/ 342)، و«روضة الطالبين» (4/ 246).

وعند الحنابلة: هو ضمان الثمن أو جزء منه عن المشتري للبائع أو العكس[1].

وقد اختلف العلماء في ضمان الدَّرَك على قولين:

القول الأول: أنه يصح، وهو قول الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية في المذهب[4] والحنابلة في المذهب[5].

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وإن ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقًا أو رد بعيب أو أرش العيب؛ فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، وحقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه وممن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي، ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب ضمان وضمان مجهول وضمان عين.

---

(1) «المغني» (6/ 318)، و«الإنصاف» (5/ 198).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 373)، «مجمع الضمانات» (599)، و«فتح القدير» (7/ 181)، و«حاشية رد المحتار» (5/ 303).

(3) «المدونة» (5/ 271)، و«منح الجليل» (6/ 245)، و«شرح مختصر خليل» (5/ 155).

(4) «المهذب» (1/ 342)، و«تكملة المجموع» (13/ 203)، و«مغني المحتاج» (3/ 165)، و«الفتاوى الفقهية الكبرى» (3/ 80).

(5) «المغني» (6/ 318)، و«الروض المربع» (6/ 436).

وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولأن الحاجة تدعو إلىٰ الوثيقة علىٰ البائع.

والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان.

فأما الشهادة فلا يستوفىٰ منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع لأنه يؤدي إلىٰ أن يبقىٰ أبدا مرهونا، فلم يبق إلا الضمان.

ولأنه لا يضمن إلا ما كان واجبًا حال العقد؛ لأنه إنما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقًا أو معيبًا حالا العقد، ومتىٰ كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية؛ لأنه ضمن الجملة؛ فإذا خرج بعضه مستحقًا لزمه بعض ما ضمنه[1].

القول الثاني: أنه لا يصح وهو قول للشافعية[2] وللحنابلة[3]. لأنه ضمان ما لم يجب، ولأنه ضمان ما يستحق من البيع وهو مجهول وضمان المجهول لا يصح[4].

قال السيوطي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ضمان الدَّرَك جُوِّز علىٰ خلاف القياس، إذ البائع إذا باع مِلْكَ نَفْسِه، ليس ما أخذه من الثمن دَينًا عليه حتىٰ يضمن، لكن لاحتياج الناس إلىٰ معاملة مَن لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مُسْتَحَقًّا[5].

---

(1) «المغني» (6/ 318)، ويُنظر: «تكملة المجموع» (13/ 203).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 246)، و«المجموع» (13/ 202).

(3) «المغني» (6/ 318).

(4) يُنظر: «المجموع» (13/ 203)، و«المغني» (6/ 318).

(5) «الأشباه والنظائر» (125).

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا ثبت هذا فإنه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبعده.

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنما يصح بعد القبض؛ لأنه قبل القبض لو خرج مستحقًا لم يجب على البائع شيء وهذا ينبني على ضمان ما لم يجب إذا كان مفضيًا إلى الوجوب كالجعالة.

وألفاظ ضمان العهدة أن يقول ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه.

أو يقول للمشتري ضمنت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقًا فقد ضمنت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال: ضمنت لك العهدة

والعهدة في الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الابتياع هكذا فسره به أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري؛ لأنه ملكه وليس بصحيح؛ لأن العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية

كالرواية تحمل عند إطلاقها على المزادة لا على الجمل، وإن كان هو الموضوع[1].

(1) «المغني» (6/ 318).

المسألة الثالثة: ضمان الأعيان المضمونة:

الأعيان المضمونة مثل المغصوب والمبيع بيعًا فاسدًا والمقبوض على سوم الشراء والعارية[1]. أي أن هذه الأعيان مضمونة على أصحابها فهل يصح أن يضمنها ضامن أم لا؟

اختلف العلماء في حكم ضمان ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أنه يصح ضمان الأعيان المضمونة إن وجدت، وضمان بدلها وقيمتها إن تلفت، وهو مذهب الحنابلة[2]. قياسًا على الحقوق الثابتة في الذمة بجامع أنها مضمونة على مَن هي في يده.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولنا أنها مضمونة - يعني الأعيان - على مَن هي في يده، فصح ضمانُها كالحقوق الثابتة في الذمة)[3].

(1) **مثال المغصوب**: إنسان غصب من آخر ساعته قهرًا وهرب، فوجده صاحب الساعة فأمسكه، وقال: أذهب بك إلى السجن أو تعطيني الساعة. قال: الساعة في البيت وليست معي، فأراد أن يسجنه فتقدم رجل آخر وقال: أنا أضمن الساعة. قال الشيخ ابن عثيمين: يصح الضمان؛ لأن المغصوب مضمون على كل حال، والغاصب ضامن على كل حال؛ لأنه معتدٍ فيده ليست يد أمانة، وعلى هذا ففي هذه الحال يصح للضامن أن يضمن الساعة.
ومعنى **المقبوض على سوم الشراء**: هو أن يساوم شخص في شراء سلعة ولم يتعاقد معه نهائيًّا، سواء قطع معه ثمنها وقبضها ولم يسلمه الثمن، أو لم يقطع معه ثمنها، ولكن قبضها ليطلع عليه أهله أو أصحابه. يُنظر: «تكملة المجموع» (13/ 148)، و«منار السبيل» (1/ 416).

(2) «المغني» (6/ 317)، و«الروض المربع» (6/ 435)، و«كشاف القناع» (3/ 370)، و«مطالب أولى النهى» (3/ 340).

(3) «المغني» (6/ 318)، و«الروض المربع» (6/ 435).

القول الثاني: أنه لا يصح مطلقًا، وهو قول للشافعية[1]. لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة، وإنما يضمن ما ثبت في الذمة، ووصفنا لها بالضمان إنما معناه: أنه يلزمه قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة[2].

وناقش هذا القول ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث قال: (وقولهم إن الأعيان لا تثبت في الذمة، قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها، والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها، وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع؛ فإن ضمانها يصح، وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقًّا)[3].

القول الثالث: أنه يصح ضمان ردها فقط إلىٰ مالكها إن كانت قائمة دون ضمان قيمتها إن تلفت، وهذا مذهب الشافعية[4]. أما صحة ضمان ردها فقط فبالقياس علىٰ صحة ضمان البدن، بل هنا أَوْلَىٰ؛ لأن المقصود هنا هو المال.

وأما عدم صحة ضمان قيمتها إن تلفت فلعدم ثبوت القيمة.

قال الخطيب الشربيني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (يصح ضمان رَدِّ كُلِّ عَين ممن هي في يده، مضمونة عليه، كمغصوبة ومستعارة ومُسْتَامَةٍ ومبيع لم يقبض، كما يصح بالبدن، بل أَوْلَىٰ؛ لأن المقصود هنا المال، ويبرأ الضامن بردها للمضمون له،

(1) «روضة الطالبين» (4/ 255).

(2) المصدرين السابقين.

(3) «المغني» (6/ 318).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 255)، «المجموع» (13/ 167)، و«الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع» (2/ 314).

ويبرأ أيضًا بتلفها، فلا يلزمه قيمتها، كما لو مات المكفول ببدنه لا يلزم الكفيل الدَّين، ولو ضمن قيمة العين إن تلفت لم يصح لعدم ثبوت القيمة)(1).

القول الرابع: التفصيل: فإن كان مضمونًا بنفسه(2)، كالمبيع بيعًا فاسدًا والمقبوض على سوم الشراء، صح ضمانه مطلقًا.

وإن كان مضمونًا بغيره(3) صح ضمان تسليمه فقط، إن وجد ولم يصح ضمان بدله إن تلف، وهذا قول الحنفية.

والدليل على صحة ضمان المضمون بنفسه مطلقًا أنه يجب على الأصيل رَدُّ العين حال قيامها، ورَدُّ مِثلها أو قِيمتها حال هلاكها، فكذلك يكون حُكم الضامن؛ لأنه لا يضمن إلا ما كان مضمونًا على الأصيل.

(1) «مغني المحتاج» (3/ 167، 168).

(2) الأعيان المضمونة بنفسها فهي التي يجب على مَن أخذها أن يردها بعينها إن كانت موجودة، فإن هلكت كان عليه أن يأتي بمثلها إن كان لها مِثْل، وإلا فعليه قيمتها، وذلك كالمغصوب والمبيع بيعًا فاسدًا، فإن غصب شخص من آخر بقرة مثلًا فإنه يجب على الغاصب أن يرد البقرة ما دامت موجودة، فإذا ماتت وجب عليه أن يشتري مِثلها لصاحبها، وإذا اغتصبت جوهرة ليست لها مِثل وفقدت؛ فإن عليه أن يرد لصاحبها قيمتها متى ثبت ضياعها ببينة أو إقرار، وكذلك إذا اشترى سلعة بعقد فاسد. يُنظر: «تكملة المجموع» (13/ 148).

(3) الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض، مثل لو اشترى سلعة وأعطاه ثمنها ولم يقبضها، وكفلها شخص للمشتري فهلكت، فإن الكفيل لا يلزم برد مِثلها أو قيمتها؛ لأنها لم تبق مضمونة على الأصيل أصلًا، فلا تبقى على الكفيل، ولأنها مضمونة بغيرها وهو الثمن. «بدائع الصنائع» (7/ 368)، و«المجموع» (13/ 148)، وكذلك المرهون غير مضمون على المرتهن بنفسه، بل بالدَّين؛ لأنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء، ولكن يسقط الدَّين على الراهن بقدره (على قول الحنفية)، فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل، وهو ليس بواجب على الأصيل. يُنظر: «البدائع» (7/ 368)، و«البحر الرائق» (6/ 250).

والدليل على عدم صحة ضمان المضمون بغيره إن تلف أن هذه العين ليست مضمونة بنفسها، بل بغيرها، كالمبيع قبل القبض مقبوض بالثمن، وكذلك الرهن غير مضمون بنفسه، بل بالدَّين[1] . فإذا كانت في أصلها غير مضمونة، ففي الضمان من باب أَوْلى[2] .

(1) «بدائع الصانع» (7/ 368).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 368)، و«حاشية رد المحتار» (5/ 309)، و«شرح فتح القدير» (7/ 200)، و«البحر الرائق» (6/ 250)، و«درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (1/ 646).

المسألة الرابعة: ضمان الأمانات

الأمانات هي الأعيان غير المضمونة علىٰ من هي في يده إلا إذا تعدّىٰ أو فرّط مثل الوديعة والعين المستأجرة ومال الشركات ومال المضاربة. يعني هل تضمن هذه الأشياء على من هي في يده أم لا؟

وقد اختلف العلماء في حكم ضمان الأمانات على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن ضمنها من غير تعدٍّ فيها لم يصح ضمانها، وإن ضمنها مع تعدٍّ فيها صح ضمانها، وهو قول المالكية[1]، والشافعية[2]، والمذهب عند الحنابلة[3]، وقول للحنفية[4]. واستدلوا علىٰ ذلك بأنه إن ضمنها من غير تَعَدٍّ فيها لم يصح ضمانها، لأنها غير مضمونة علىٰ من هي في يده، فكذلك علىٰ ضامنه، والدليل علىٰ أنه إن ضمنها مع تعدّ فيها صح ضمانها، لأنّ العين في هذه الحالة تكون مضمونة علىٰ من هي في يده، فلزم ضمانه كالمغصوب والعواري[5].

(1) «حاشية الدسوقي» (3/ 514).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 488).

(3) «المغني» (6/ 318)، و«الإنصاف» (5/ 200)، و«الروض المربع» (6/ 438)، و«الكافي» (5/ 200)، و«كشاف القناع» (3/ 370).

(4) جاء في «مجمع الضمانات» (588) ما نصه رجل قال للمودَع: إن أتلف المُودع وديعتك أو جحد فأنا ضامن لك صح، وقال في (604)، وكذا في كل أمانة.

فهذا يدل علىٰ أنهم يقولون بصحة ضمانها إن تعد فيها، والله أعلم.

(5) «المغني» (6/ 318)، و«الروض المربع» (6/ 438).

فكلّ ما لا يضمن إلا بتعدّ أو تفريط فهذا لا يصحّ ضمانه؛ لأنّ الأصل غير ضامن؛ فإن كان الأصل غير ضامن فلا يصح أن يبنىٰ علىٰ شيء لم يثبت، لكن التعدي فيها يصح؛ لأنه إذا تعدىٰ الأمين انتفت عنه الأمانة، وصار ضامنًا بكل حال، فيصح أن يضمن التعدي فيه.

مثال ذلك: رجل أودع عند آخر وديعة -ولتكن ألف ريال-، ثم بعد أن أودعه، صار عنده شك في أمانته، فتقدم رجل آخر وقال: «أنا أضمن الوديعة».

فالضمان هنا لا يصح؛ لأن الأصل غير ضامن، لكن لو قال: أنا أضمن لك إن تعدىٰ أو فرط فهذا صحيح؛ لأنه في حال التعدي أو التفريط يكون ضامنًا، وحينئذٍ يصح الضمان.

ومن المعلوم أن التزام الكفيل تابع إلىٰ التزام الأصيل؛ فإن كان المودع لديه غير ضامن للوديعة، فلا تصح الكفالة في هذه الحالة؛ لأن الكفيل لا يُلزم إلا بما يُلزم به الأصيل.

والفرق بين التعدي والتفريط أن التعدي: فعل ما لا يجوز، والتفريط: ترك ما يجب[1].

القول الثاني: أنه لا يصح ضمان الأمانات مطلقًا، يعني ضمان تسليمها وضمان بدلها إن تلفت، وهو قول للحنابلة[2]. لعموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الزعيم غارم**»[3]، ووجه الدلالة من الحديث أن الحديث عام فيشمل بذلك ضمان الأمانات.

---

(1) «الشرح الممتع» (4/ 146).

(2) «الإنصاف» (5/ 200)، و«الكافي» (2/ 230)، و«المبدع» (4/ 256).

(3) تقدم تخريجه.

القول الثالث: إن كانت العين أمانة غير واجبة التسليم، كالودائع ومال الشركات والمضاربات، لم يصح ضمانها مطلقًا، لا ضمان تسليمها، ولا ضمان بدلها إن تلفت[1].

وإن كانت أمانة واجبة التسليم[2]، كالعارية[3] والمستأجر في يد الأجير، صح ضمان تسليمها فقط إن كانت قائمة، وإن هلكت لم يجب علىٰ الكفيل شيء، وهذا قول الحنفية[4].

والدليل علىٰ عدم صحة ضمان العين مطلقًا إن كانت غير واجبة التسليم أن عينها غير مضمونة أصلًا علىٰ الأصيل، فلا يصح ضمان عينها؛ لأنه لا ضمان إلا بما هو واجب.

والدليل علىٰ صحة ضمان تسليمها فقط إن كانت قائمة وكانت أمانة واجبة التسليم أن تسليمها واجب علىٰ الأصيل فصحت الكفالة بتسليمها[5].

---

(1) أي: لا يجب علىٰ صاحب اليد وهو الأصيل تسليمه بل علىٰ المالك أن يسعىٰ إلىٰ ذلك.

(2) أي: أنه واجب علىٰ صاحب اليد - وهو الأصيل- تسليمه، بمعني أنه ملتزم أن يسعىٰ إلىٰ تسليمه إلىٰ مالكه، فهذا يصح الضمان بتسليمه، فإذا تلفت، لا يلزم الضامن شيء؛ لكونها أمانة والأمانة إذا هلكت تهلك مجانًا. «الروض المربع» (6/ 438).

(3) لأن العارية عندهم- أي الحنفية- أمانة في يد المستعير خلافًا للشافعية والحنابلة وعلىٰ تفصيل عند المالكية.

(4) «بدائع الصانع» (7/ 367)، و«فتح القدير» (7/ 199)، و«حاشية ابن عابدين» (5/ 443)، و«مجمع الضمانات» (591- 592)، و«تبيين الحقائق» (4/ 147).

(5) «بدائع الصانع» (7/ 367)، و«حاشية رد المحتار» (5/ 443)، و«فتح القدير» (7/ 198).

الشرط الثاني: أن يكون المضمون دَينًا لازمًا أو آيلاً إلى اللزوم..!!

والمراد بالدَّين اللازم: الثابت الذي أمن من سقوطه بالفسخ أو الانفساخ[1].

ومثاله: ثمن المبيع قبل قبضه، وكالمهر قبل الدخول[2].

والدين الآيل إلى اللزوم مثل: ثمن المبيع في مدة الخيار[3].

وقد صرح أصحاب المذاهب الأربعة باشتراط أن يكون الدَّين لازمًا لصحة الضمان، وصححوا أيضًا ضمان ما مآله إلىٰ اللزوم[4].

ويندرج تحت هذا الشرط مسألتان:

المسألة الأولى: ضمان الجُعْل.

المسألة الثانية: ضمان مال السَّلَم.

(1) «حاشية ابن عابدين» (5/ 437)، و«المغني» (6/ 316)، والدين الساقط هو الذي لا يسقط إلا بأدائه لصاحبه أو بإبرائه منه، بأن يسامح فيه صاحبه ويقوم مقام الإبراء منه أن يفعل صاحبه ما يستلزم سقوطه مثال ذلك: مهر الزوجة قبل الدخول فإنه يسقط بمطاوعتها لابن الزوج البالغ أن يقبلها بشهوة، فهي وإن لم تبرئه حقيقة، ولكنها بفعلها هذا أبرأته حكمًا. يُنظر: «حاشية ابن عابدين علىٰ الدر المختار» (5/ 302)، و«المغني» (6/ 316).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 249)، و«المغني» (6/ 316).

(3) المصدرين السابقين.

(4) يُنظر: «بدائع الصانع» (7/ 372)، و«حاشية ابن عابدين» (5/ 303، 304)، و«تبيين الحقائق» (4/ 153)، و«المعونة» (2/ 890)، و«التاج والإكليل» (5/ 99)، و«منح الجليل» (6/ 206)، و«روضة الطالبين» (4/ 249)، و«المغني» (6/ 316).

المسألة الأولى: ضمان الجُعل:

الجُعل: هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها، مثل: مشارطة الطبيب على الإبراء، والناشد على وجود العبد الآبق، كأن يقول: من رد ضالتي فله دينار[1].

وابتداءً نقول: إن ضمان الجُعْل في الجعالة بعد الانتهاء من العمل يصح بلا خلاف للزومه، وإنما الخلاف في ضمان الجعل قبل الشروع في العمل أو في أثناء العمل قبل تمامه.

وقد اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يصح ضمان مال الجعل قبل الشروع في العمل، وهو قول المالكية[2] والحنابلة[3] وقول للشافعية[4]. واستدلوا بصحة ضمان الجعل قبل الشروع في العمل بقوله تعالى: ﴿ قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف: 72]، ووجه الدلالة من الآية: أن المنادي ضمن حمل

(1) «بداية المجتهد» (2/ 326).

وقيل هي التزام عوض معلوم على عمل معلوم، أو مجهول بمعين. «نهاية المحتاج» (5/ 465).

(2) «حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير» (3/ 515)، وجاء في «المدونة» في باب الجعل (4/ 467) قال: أرأيت إن قلت لرجل: بع لي هذا الثوب ولك درهم، فقال: لا بأس بذلك عند مالك. ويُنظر: «التاج والإكليل» (5/ 99)، و«منح الجليل» (6/ 206)، و«بداية المجتهد» (2/ 409).

(3) «المغني» لابن قدامة (6/ 316)، و«المبدع» (4/ 256)، و«كشاف القناع» (3/ 371).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 250)، و«المجموع» (13/ 183)، و«المهذب» (1/ 340).

البعير للذي يأتي بالصاع وهو لم يأت به بعد، ولم يكن عمل العمل، ولأن الحكمة تقتضي ذلك، والحاجة داعية إليه، فإنه قد لا يوجد مَنْ يتبرع بالعمل فكانت الحاجة داعية إليه.

وقال الإمام القرطبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وقال بعض العلماء في هذه الآية دليل علىٰ جواز الجُعل، وقد أجيز للضرورة، فإنه يجوز فيه من الجهالة ما لا يجوز في غيره، فإذا قال الرجل: مَنْ فعل كذا فله كذا، صح)[1].

وقال الإمام ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بعد ما ساق الآية قال: (ولأن الجُعل يؤول إلىٰ اللزوم إذا عمل العمل...، والضمان للمال دون العمل)[2].

القول الثاني: أنه لا يصح ضمان الجعل قبل الشروع في العمل، وهو قول للشافعية[3].

قال الإمام الشيرازي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «المهذب»: (ولا يصح ضمان الجعل في الجعالة؛ لأنه دَين غير لازم، فلم يصح ضمانه كدَين الكتابة)[4].

(1) «تفسير القرطبي» (5/ 209).

(2) «المغني» (6/ 316)، ويُنظر: «مطالب أولىٰ النهىٰ» (9/ 77)، و«المجموع» (13/ 183)، و«بداية المجتهد» (2/ 409).

(3) «روضة الطالبين» (4/ 250)، و«المجموع» (13/ 182)، و«المهذب» (1/ 340).

(4) «المهذب» (1/ 340)، و«المجموع شرح المهذب» (13/ 182).

المسألة الثانية: ضمان مال السَّلم:

السَّلَمُ: هو أن يسلم عوضًا حاضرًا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، ويسمى سَلَمًا وسَلَفًا[1].

وضمان السلم هو أن يضمن إنسان الدين أو العين الموصوفة في الذمة.

لم أجد والله تعالىٰ أعلم مَن خالف في ضمان مال السَّلَم إلا رواية عن الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ كما في المغني والإنصاف.

وممن قال بصحة ضمان السَّلَم الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة في الرواية الثانية[5].

قال في «الإنصاف»[6]: وهَلْ يجُوزُ الرَّهنُ وَالكَفِيلُ بِالمُسْلَمِ فيه علىٰ رِوَايَتَينِ:

إحداهما: لا يجوز، وهو المذهب.

والثانية: يجوز، نقلها حنبل قال الزركشي - وهو الصواب - وصححها أيضًا ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث قال: ويصح ضمان السلم في إحدىٰ الروايتين،

(1) «المغني» (4/ 185).

(2) «حاشية ابن عابدين» (5/ 414).

(3) «المدونة» باب الكفالة في السلم (4/ 61- 5/ 272).

(4) «المجموع» (13/ 182).

(5) «المغني» (6/ 317)، و«الإنصاف» (5/ 122).

(6) «الإنصاف» (5/ 122).

والأخرىٰ لا يصح؛ لأنه يؤدي إلىٰ استيفاء المسلَم فيه من غير المسلم إليه فلم يجز كالحوالة به.

ثم قال: والأول أصح؛ لأنه دَين لازم فصح ضمانُه، كأجرة وثمن المبيع[1].

وقال الإمام الشيرازي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ويصح ضمانُ كُلِّ دَين، كالثمن والأجرة وعوض القرض ودَين السَّلَم وَأَرشِ الْجنَايَةِ وغرامة المتلف؛ لأنه وثيقة يستوفي منها الحق، فصح في كُلِّ دَين لازم كالرهن)[2].

الشرط الثالث: أن يكون المضمون معلومًا:

وينبني على هذا الشرط حكم ضمان المجهول، هل يصح أم لا؟!

وضمان المجهول هو: كأن يقول: أنا ضامن لك ما لك علىٰ فلان، أو ما يُقر لك ونحو هذا وهو لا يعرف مبلغه.

اختلف العلماء في ضمان المجهول- مثلما اختلفوا في ضمان ما لم يجب- على قولين:

القول الأول: أنه يصح ضمان المجهول، وهو قول الحنفية[3]، والمالكية[4]، والحنابلة[5]، والشافعي في القديم[6]. واستدلوا علىٰ ذلك بقوله

(1) «المغني» (6/ 317).

(2) «المهذب» (1/ 340)، و«تكملة المجموع» (13/ 181).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 373)، و«فتح القدير» (6/ 298)، و«اختلاف العراقيين بهامش الأم» (3/ 205)، و «مجمع الضمانات» (586).

(4) «بداية المجتهد» (2/ 409)، و«المعونة» للمالكية (2/ 888)، و«أحكام القرآن» (3/ 1085).

(5) «المغني» (6/ 314)، و«الإفصاح» (2/ 206).

(6) «المجموع» (13/ 104)، و«متن أبي شجاع» (1/ 135)، و«مغني المحتاج» (3/ 167)، و«اختلاف العلماء» (1/ 444).

تعـالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: 72]، ووجـه الدلالـة مـن الآية ما قاله ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن حمل البعير غير معلوم، وأنه يختلف باختلاف البعير[1].

ولعموم قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «**الزعيم غارم**» فإنه عام يشمل ضمان المعلوم والمجهول.

ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة، فصح في المجهول كالنذر والإقرار[2].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وضمان المجهول جائز عند جمهور العلماء، كمالك، وأبي حنيفة، وأحمد، ودل عليه الكتاب ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾)[3].

وقال ابن الهمام الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (والكفالة بالمال عندنا جائزة، وإن كان المال المكفول به مجهول المقدار، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم، وقال في الجديد: هو وابن أبي ليلىٰ والليث وابن المنذر: لا تجوز بالمجهول؛ لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز، فلابد من تعيينه؛ لوقوع المماكسات في مبادلة المال، والكفالة عقد تبرع، كالنذر لا يقصد به سوىٰ ثواب الله، أو رفع الضيق عن الحبيب، فلا يبالي بما التزم في ذلك، ويدل علىٰ ذلك إقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال: ما كان عليه فعلي، فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة)[4].

---

(1) «المغني» (6/ 315).

(2) «المغني» (6/ 315).

(3) «الفتاوىٰ» (29/ 459).

(4) «فتح القدير» (7/ 181).

القول الثاني: أنه لا يصح ضمان المجهول، وهو قول الشافعي في الجديد[1].

قال الإمام الشيرازي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا يجوز ضمان المجهول؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي، فلم يجز مع الجهالة، كالثمن في البيع)[2].

وقال الإمام تقي الدين أبو بكر الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (واعلم أن الخلاف في صحة ضمان المجهول جارٍ في صحة البراءة من المجهول، والخلاف مبني علىٰ أن البراءة تمليك أو إسقاط؛ فإن قلنا تمليك -وهو الصحيح - فلا تصح البراءة من المجهول، وإن قلنا إسقاط، صح الإبراء من المجهول، وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو اغتاب شخص آخر ثم قال له: اغتبتك، فاجعلني في حِلٍّ، ففعل وهو لا يدري بما اغتابه به، فهل يبرأ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه إسقاط.

والثاني: لا، لأن المقصود رضاه، ولا يمكن الرضا بالمجهول.

واعلم أنَّا إذا لم نصحح ضمان المجهول، فقال: ضمنت مما لك علىٰ فلان مِن دِرهم إلىٰ عشرة، ففيه خلاف، والصحيح الصحة لانتفاء الغرر بذكر القَدْر، فعلىٰ هذا ماذا يلزمه؟ فيه أوجه: الراجح عند الرافعي عشرة، والأصح عند النووي تسعة، وقيل: يلزمه ثمانية)[3].

(1) «المجموع» (13/ 104)، و«متن أبي شجاع» (1/ 135)، و«مغني المحتاج» (3/ 167)، و«اختلاف العلماء» (1/ 444).

(2) «المهذب» (1/ 340)، و«تكملة المجموع» (13/ 148).

(3) «كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار» (1/ 498).

المبحث الثاني: شروط المكفول به أو المضمون به:

وهو الحق الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه، أو هو الشخص المطلوب إحضاره.

وهي أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون المكفول به ممن يلزمه حضور مجلس الحكم.

والمقصود بهذا الشرط: أن يكون المكفول به ممن يلزمه حضور مجلس الحكم عند استدعائه، أو ممن يستحق إحضاره، وأن يكون مقدور التسليم[1].

وينـدرج تحت هذا الشرط ثلاثة مسائل:

المسألة الأولى: الكفالة بالصبي والمجنون.

المسألة الثانية: الكفالة ببدن المحبوس والغائب.

المسألة الثالثة: الكفالة ببدن من عليه حَدٌّ أو قصاص.

---

(1) يُنظر: «العناية شرح الهداية» (10/ 41)، و«روضة الطالبين» (3/ 486).

المسألة الأولى: الكفالة بالصبي والمجنون

نص الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3] على صحة الكفالة بالصبي والمجنون، وعلّلوا ذلك بأن إذن وليهما يقوم مقام إذنهما.

وبما قاله ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لأنهما قد يجب إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف وغيره[4].

(1) «حاشية رد المحتار» (5/ 417)، و«مجمع الضمانات» (608- 609).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 254)، و«تكملة المجموع» (13/ 225).

(3) «المغني» (6/ 344).

(4) «المغني» (6/ 344).

المسألة الثانية: الكفالة ببدن المحبوس والغائب

يعني هل تصح الكفالة ببدنهما أم لا؟

ذهب المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3] إلىٰ صحة الكفالة ببدن المحبوس والغائب، ومنعه أبو حنيفة[4].

قال ابن رشد المالكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب، ولا يصح عند أبي حنيفة)[5].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وتصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب، وقال أبو حنيفة: لا تصح)[6].

واستدل أصحاب المذاهب الثلاثة بما يلي:

بما قاله ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (أن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة، والحبس كالرهن والضمان، ولأن الحبس لا يمنع من التسليم؛ لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيده إلىٰ الحبس

(1) «بداية المجتهد» (2/ 408-409)، و«بلغة السالك» (3/ 286)، و«مواهب الجليل شرح مختصر خليل» (5/ 48- 49- 114).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 254)، و«مغني المحتاج» (3/ 170).

(3) «المغني» (6/ 344)، و«كشاف القناع» (3/ 376).

(4) «حاشية ابن عابدين» (5/ 428).

(5) «بداية المجتهد» (2/ 408-409).

(6) «المغني» (6/ 344).

بالحقين جميعًا، والغائب يمضي إليه فيحضره إذا كانت الغيبة غير منقطعة، وهو أن يعلم خبره؛ فإن لم يعلم خبره لزمه ما عليه)[1].

وقال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فرع: وتجوز الكفالة ببدن الغائب والمحبوس وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال، كما يجوز للمعسر ضمان المال[2]؛ لأن حصول المقصود متوقع وإن تعذر تحصيل الغرض... ولا فرق فيه بين أن يكون في موضع يلزمه الحضور إلىٰ مجلس الحكم أم لا، حتىٰ لو أذن ثم انتقل إلىٰ بلد بها حاكم أو إلىٰ فوق مسافة العَدْوَىٰ، فوقعت بعد ذلك صحت ووجب عليه الحضور معه لأجل إذنه في ذلك، بل لو كان فوق مسافة القَصْر)[3].

(1) المصدر السابق.

(2) «روضة الطالبين» (4/ 254).

(3) «مغني المحتاج» (3/ 170).

المسألة الثالثة:
الكفالة ببدن من عليه حدٌ أو قصاص

أما الكفالة بالحد والقصاص أنفسهما فلا تجوز إجماعًا؛ إذ لا يمكن استيفاء ذلك من الكفيل[1].

قال الإمام السرخسي رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولا خلاف في أنه لا تصح الكفالة بنفس الحد والقصاص؛ لأن النيابة لا تجري في إيفائها، والمقصود من الكفالة إقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الإيفاء، وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود، فلا تصح الكفالة بها)[2].

قال المرغيناني في «الهداية»: قوله: وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تجوز الكفالة به، كالحدود والقصاص.

معناه بنفس الحد لا بنفس مَن عليه الحد، يعني: أن الكفالة بنفس الحد لا تجوز، أما الكفالة بنفس مَن عليه الحد فتجوز؛ لأن الكفالة بتسليم النفس إلىٰ باب القاضي واجب، بخلاف الكفالة بنفس الحد، فإنها لا تجوز لأن العقوبات لا تجري فيها النيابة لعدم حصول المقصود؛ لأن المقصود الزجر، وهو لا يتحقق بالنائب[3].

(1) «حاشية ابن عابدين» (5/ 298)، و«المبسوط» (9/ 106)، و«تبيين الحقائق» (4/ 152)، و«كشاف القناع» (3/ 376).
(2) «المبسوط» (9/ 106).
(3) «الهداية شرح البداية» (3/ 92) بتصرف، ويُنظر: «فتح القدير» (7/ 197)، و«مجمع الضمانات» (592).

وقال ابن الهمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وكُلُّ حَقٍّ لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به، كنفس الحدود ونفس القصاص؛ إذ لا يُقتل الكفيل بدلًا عن المكفول عنه، ولا يضرب)(1).

لكن المسألة هنا في الكفالة بإحضار بدن من عليه حَدٌّ أو قصاص، وقد اختلف العلماء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أنها لا تصح مطلقًا، سواء كانت ببدن مَن عليه حق لله تعالىٰ أو حق لآدمي. وهو قول ابن القاسم من المالكية(2)، وبعض الشافعية(3)، والمذهب عند الحنابلة(4).

جاء في «المدونة الكبرى»: قال سحنون: قلت لابن القاسم: أرأيت الحدود فيها كفالة، قال: لا كفالة في الحدود، قلت: أرأيت لو أن رجلًا شتمني ولم يقذفني، فأخذت منه كفيلًا بنفسه، فهرب الرجل، قال: هذا إنما هو أدب، ولا تجوز الكفالة في هذا، ولم أسمع من مالك فيه شيئًا، إلا أن هذا رأيي: أنه لا كفالة في الحدود ولا في التعزير(5).

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حَدٌّ، سواء أكان حقًّا لله تعالىٰ، كحد الزنا والسرقة، أو لآدمي، كحد القذف والقصاص، وهو

---

(1) «شرح فتح القدير» (7/ 197).
(2) «المدونة» (5/ 277).
(3) «روضة الطالبين» (4/ 253).
(4) «المغني» (6/ 344)، و«كشاف القناع» (3/ 376)، و«الإنصاف» (8/ 404)، و«الفروع» لابن مفلح (6/ 403)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (2/ 253).
(5) «المدونة» (5/ 277).

قول أكثر أهل العلم، منهم: شريح والحسن، وبه قال إسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأي)[1].

وقال في «الإنصاف»: (ولا تصح ببدن من عليه حَدٌّ أو قصاص)، هذا هو المذهب وعليه الأصحاب[2].

واستدلوا على ذلك بحديث: «**لا كفالة في حَدٍّ**»[3].

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولأنه حَدٌّ. يعني: أنه نفس الكفالة بالحد مطلقًا، سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الآدمي، وسواء كانت الكفالة بضمان الحد نفسه وعن صاحبه، أم بإحضار بدن صاحب الحد.

قال: إن الكفالة استيثاق، والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات، فلا يدخل فيها الاستيثاق.

---

(1) «المغني» (6/ 344).

(2) «الإنصاف» (5/ 210).

(3) حَدِيثٌ ضَعِيفٌ: أخرجه ابن عدي في «الكامل» (5/ 22)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (6/ 77)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (2/ 153)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (20/ 138)، وغيرهم. عن بقية بن الوليد عن عمر بن أبي عمر الكلاعي الدمشقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا به، قال البيهقي: تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة. وقال الإمام أحمد كما في تهذيب الكمال: وما روىٰ بقية عن المجهولين لا يكتب. وقال الحافظ في «التقريب»: ضعيف من مشايخ بقية المجهولين، وقال بن عدي: إنه مجهول لا أعلم روىٰ عنه غير بقية كما يروي عن سائر المجهولين وأحاديثه منكرة وغير محفوظة، وقد ضعفه الحافظ ابن حجر في «بلوغ المرام» (827) فقال: رواه البيهقي بإسناد ضعيف. وقال البيهقي أيضًا في «السنن الصغرىٰ» (5/ 337)، وهذا إسناد ضعيف.

ولأن الحد حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا[1].

القول الثاني: أنها لا تصح ببدن مَن عليه عقوبة لله تعالىٰ، وتصح في عقوبة الآدمي، وهو الصحيح عن الشافعية[2].

قال النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإن كانت الكفالة لآدمي كالقصاص وحد القذف، صحت الكفالة علىٰ الأظهر. وقيل لا تصح قطعًا، وإن كانت حدًّا لله تعالىٰ لم تصح علىٰ المذهب)[3].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «المغني»: (قال الشافعي: ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد من حدود الله، واختلف قوله في حدود الآدمي، فقال: في موضع لا كفالة في حدود الآدمي ولا لعان، وقال في موضع: تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد؛ لأنه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين)[4].

واستدلوا على ذلك بقولهم: إن كان في حدٍّ من حدود الله لا يصح؛ لأننا مأمورون بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن، بخلاف عقوبة الآدمي؛ لأنه حق لازم فأشبه المال[5].

القول الثالث: أنها لا تصح في الحقوق الخالصة لله تعالىٰ، سواء أطابت نفس المدعىٰ عليه بإعطاء الكفيل أم لم تطب، وأما في القصاص وحد القذف

---

(1) «المغني» (6/ 345).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 253)، و«حاشية الجمل» (3/ 383)، و«مغني المحتاج» (3/ 170).

(3) «روضة الطالبين» (4/ 253).

(4) «المغني» (6/ 345).

(5) «حاشية الجمل» (3/ 383)، و«مغني المحتاج» (3/ 170)، و«شرح الوجيز» (10/ 373).

والسرقة ففيه تفصيل؛ فإن طابت نفس المدعىٰ عليه بإعطاء الكفيل صح، وإلا فلا يجبر الكفيل عليه، وهذا مذهب الحنفية[1].

قال ابن الهمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ معناه: لا يجبر عليها عنده، أي: لا يجبر علىٰ إعطاء الكفيل، وقالا: (يعني: أبو يوسف ومحمد) يجبر في حد القذف؛ لأنه فيه حق العبد وفي القصاص؛ لأنه خالص حق العبد، فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالىٰ، ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا كفالة في حَدٍّ**»[2]، من غير فصل؛ ولأن مبنىٰ الكل علىٰ الدرء، فلا يجب فيها الاستيثاق، كما في التعزير)[3].

وأما صحة الكفالة في القصاص ونحوه عند طيبة نفس المدعىٰ عليه بإعطاء الكفيل، فلأنه كفالة بمضمون علىٰ الأصيل، مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح.

قال الإمام الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وتجوز الكفالة بنفس مَن عليه القصاص في النفس وما دونها، وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلًا، بلا خلاف بين أصحابنا، وهو الصحيح؛ لأنه كفالة بمضمون علىٰ الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح، كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدَّين)[4].

(1) «بدائع الصانع» (7/ 371)، و«فتح القدير» (7/ 178)، و«حاشية ابن عابدين» (5/ 432)، و«تبيين الحقائق» (4/ 152، 153).

(2) تقدم تخريجه.

(3) «فتح القدير» (7/ 177/ 178) بتصرف، و«الجوهرة النيرة» (3/ 208)، و«البحر الرائق» (8/ 544)، و«الهداية شرح البداية» (3/ 89).

(4) «بدائع الصانع» (7/ 371).

وقال ابن الهمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولو سمحت نفسه - أي نفس المطلوب بإعطاء الكفيل - بلا جبر، يعني: في حد القذف جاز؛ لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه، وهو تسليم النفس؛ لأن تسليم النفس فيهما واجب، فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم)[1].

القول الرابع: أنها تصح مطلقًا، سواء أكانت في حق من حقوق الله أم من حقوق الآدمي، وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية وبعض الحنابلة[2].

الشرط الثاني من شروط المكفول به: العلم بقدر المال الذي على المكفول به:

يعني: هل يشترط إذا تكفل شخص بإحضار مَدِينٍ أن يعرف قدر المال الذي عليه، أم لا؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا يشترط ذلك، وهو ظاهر كلام الحنفية[3]. وهو الصحيح عند الشافعية[4]. وهو قول الحنابلة[5].

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فتجوز (يعني: الكفالة) ببدن مَن عليه مال، ولا يشترط العلم بقدره على الأصح[6]؛ لأن الكفالة بالبدن لا بالمال[7].

(1) «فتح القدير» (7/ 178)، و«الهداية شرح البداية» (3/ 89).
(2) «الإنصاف» (5/ 210).
(3) يُنظر: «حاشية ابن عابدين» (5/ 238/ 308) قال: (أنه لا يشترط أن يكون الدين معلوم القدر)، وقال في موضع آخر: (ولا تصح بجهالة المكفول به)، والمراد هنا النفس لا المال لما تقدم من أن جهالة المال غير مانعة من صحة الكفالة.
(4) «روضة الطالبين» (4/ 253)، و«شرح الوجيز» (10/ 373).
(5) «المغني» (6/ 343).
(6) «روضة الطالبين» (4/ 253).
(7) «شرح الوجيز» (10/ 373).

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وتصح الكفالة... سواء أكان الدَّينُ معلومًا أم مجهولًا.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أن الكفالة بالبدن لا بالدَّين، والبدن معلوم، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض.

قالوا: ولأننا قد تبين لنا أن ضمان المجهول يصح، وهو التزام مال ابتداءً، فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداءً أَوْلَىٰ[1].

القول الثاني: أنه يشترط ذلك، وهو القول الثاني عند الشافعية[2]. لأنه قد يتعذر إحضار المكفول به فيلزمه الدَّين، ولا يمكن طلبه منه لجهالة[3].

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القول الثاني: أنه يشترط بناء علىٰ أنه لو مات (يعني: المكفول به) غرم الكفيل المال[4].

الشرط الثالث من شروط المكفول به: تعين بدن المكفول به:

يعني: هل يشترط كون المكفول ببدنه مُعَيَّنًا؟!

مثل لو قال: كفلت ببدن أحد هذين الرجلين، هل يصح أم لا؟

لأهل العلم في ذلك قولان:

القول الأول: أنه يشترط كون المكفول ببدنه معينًا، فلو قال: كفلت ببدن أحد هذين لم يصح، وهو قول الشافعية[5]. والصحيح عند الحنابلة[6].

---

(1) «المغني» (6/ 344).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 253).

(3) «المغني» (6/ 343).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 253).

(5) «روضة الطالبين» (4/ 254).

(6) «الإنصاف» (5/ 210).

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ويشترط كون المكفول ببدنه معينًا، فلو قال: كفلت بدن أحد هذين، لم يصح كما لو ضمن أحد الدَّينَينِ)[1].

وقال في «الإنصاف»: ولا تصح الكفالة (بغير معين، كأحد هذين) هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب[2].

وذلك القياس علىٰ اشتراط تعيين الدَّين في ضمانه.

يعني: لو قال ضمنت أحد هذين الدَّينينِ لم يصح[3]. فكذلك لو قال: ضمنت أحد هذين الرَّجُلينِ لم يصح.

القول الثاني: أنه لا يشترط كون المكفول ببدنه معينًا، وهو قول للحنابلة[4]. لأن الكفالة تَبرع، فهي كالإعارة والإباحة[5].

الشرط الرابع من شروط المكفول به: رضا المكفول به:

يعني: هل يشترط رضا المكفول به أم لا؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

هذا الخلاف مبنيٌّ علىٰ أنه هل يغرم الكفيل المال الذي علىٰ المكفول به أم لا؟

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 254).

(2) «الإنصاف» (5/ 210).

(3) «الإنصاف» (5/ 196).

(4) «الإنصاف» (5/ 210)، و«الفروع» لابن مفلح (6/ 402).

(5) «الإنصاف» (5/ 210).

القول الأول: أنه لا يشترط رضا المكفول به، وهو قول للشافعية[1]، والصحيح عند الحنابلة[2]. لأن الكفيل يغرم المال الذي علىٰ المكفول به إذا عجز عن إحضاره[3]. وقياسًا علىٰ المضمون عنه فإنه لا يعتبر رضاه[4].

القول الثاني: أنه يشترط رضا المكفول به، وهو الصحيح عند الشافعية[5]، ووجه للحنابلة[6]. لأن الكفيل لا يغرم المال الذي علىٰ المكفول به إذا عجز عن إحضاره، فلا فائدة للكفالة إلا بحضور المكفول، وهو لا يلزمه الحضور مع الكفيل حينئذٍ إلا برضاه، فكان رضاه[7] شرطًا لصحة الكفالة.

---

(1) «مغني المحتاج» (3/ 173).

(2) «المغني» (6/ 350)، و«الروض المربع» (6/ 455)، و«الإنصاف» (8/ 411).

(3) «مغني المحتاج» (3/ 173).

(4) «المغني» (6/ 350).

(5) «روضة الطالبين» (4/ 259)، و«مغني المحتاج» (2/ 205).

(6) «المغني» (6/ 350)، و«الإنصاف» (8/ 411).

(7) «مغني المحتاج» (3/ 173).

الفصل الخامس

الصيغة

وهي الإيجاب من الضامن، حيث يشترط رضاه بالاتفاق كما سبق ذكره؛ لأنه لا يلزمه الحق ابتداءً.

ويرىٰ جمهور الفقهاء أن الكفالة تنعقد بإيجاب من الضامن، دون اشتراط القبول من المضمون له، وخالفهم أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، والشافعي في أحد قَوْلَيه[1].

هذا وإن كان القبول من الصيغة، لكنه ليس شرطًا لصحة الضمان.

وللصيغة شروط يتم تناولها إن شاء الله في مبحثين:

المبحث الأول: دلالة الصيغة على الالتزام.

وفيه أربعة مسائل:

المسألة الأولى: الضمان باللفظ.

المسألة الثانية: الضمان بالكتابة.

المسألة الثالثة: الضمان بالإشارة المفهمة مِن الأخرس.

المسألة الرابعة: ضمان المعرفة.

(1) «بدائع الصانع» (7/ 355).

المسألة الأولى: الضمان باللفظ:

اشترط الفقهاء في لفظ الضمان من صيغة تدل علىٰ التزام الكفيل، إما صراحة وإما كناية؛ لأن الرضا لا يعرف إلا بذلك[1].

والصيغة الصريحة في الضمان، مثل: أنا كفيل، أو أنا ضامن، أو أنا زعيم، أو أنا حميل، أو أنا قبيل، أو تكفلت ببدن فلان[2]، وأنا ضامن لك دَينك علىٰ فلان.

قال الإمام الكاساني الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (أما لفظ الكفالة والضمان فصريحان، وكذلك الزعامة بمعنىٰ الكفالة، والغرامة بمعنىٰ الضمان، قال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الزعيم غارم» أي: الكفيل ضامن، وكذلك القبالة بمعنىٰ الكفالة أيضًا، يقال: قبلت به أقبل قبالة، وتقبلت به، أي كفلت، قال الله تعالىٰ: ﴿أَوْ تَأْتِيَ بِٱللَّهِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ قَبِيلًا﴾ [الإسراء: 92]، أي: كفيلًا يكفلوني بما يقول، والحميل بمعنىٰ المحمول، فعيل بمعنىٰ المفعول كالقتيل بمعنىٰ المقتول، وأنه يُنبئ عن تحمل الضمان)[3].

وهناك كلمات اختلف حول دلالتها مثل: لك عليّ، أو لك إليّ، أو لك قِبَلي، أو لك عندي.

---

(1) «حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (3/ 273)، و«روضة الطالبين» (4/ 260)، و«حاشية الجمل» (3/ 386)، و«الإنصاف» (8/ 366).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 356).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 356).

فالذين قالوا بأنها كناية، قالوا: يشترط فيها وجود نية أو قرينة تدل على الالتزام[1]، وذهب آخرون إلى أنها صريحة.

قال الإمام الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (قوله: (عليَّ) كلمة إيجاب، وكذا قوله: (إليَّ) قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«من ترك مالًا فلورثته، ومن ترك دَينًا فإليَّ وعَليَّ»**[2]، وقوله (قِبَلِي) يُنبئ عن القبالة: وهي الكفالة، وقوله (عِنْدِي) وإن كانت مطلقة للوديعة، لكنه بقرينة الدَّين يكون كفالة؛ لأن قوله (عندي) يحتمل اليد، ويحتمل الذمة؛ لأنها كلمة قرب وحضرة، وذلك يوجد فيها جميعًا، فعند الإطلاق يحمل على اليد؛ لأنه أدنى، وعند قرينة الدَّين يحمل على الذمة أي: في ذمتي؛ لأن الدَّين لا يحتمله إلا الذمة)[3].

وأما أي لفظ آخر لا يدل على الالتزام حقيقة أو عُرفًا، فلا تصح الكفالة به، كأن يقول: أنا أُؤدي ما عليه، أو أحضر الشخص وخلا عن قرينة، فليس بضمان، وإنما هو من صيغ وألفاظ الوعد، ولا تعد دالة على الالتزام عند الشافعية[4] والحنابلة[5].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (قياس المذهب يصح بكل لفظٍ يفهم منه الضمان عُرفًا، مثل قوله: (زَوِّجْهُ وأنا أُؤدي الصداقَ، أو بِعْهُ وأنا أعطيك الثمنَ، أو اتركه ولا تطالبه وأنا أعطيك) ونحو ذلك)[6].

---

(1) «حاشية الجمل» (3/ 386).

(2) أخرجه مسلم (2/ 591) حديث رقم (867) في باب: تخفيف الصلاة والخطبة.

(3) «بدائع الصانع» (7/ 356).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 260)، و«حاشية الجمل» (3/ 386).

(5) «كشاف القناع» (3/ 363)، و«شرح منتهى الإرادات» (2/ 246)، و«مطالب أولي النهى» (3/ 295).

(6) «الاختيارات العلمية» (195)، و«الفتاوى الكبرى» (4/ 477)، ويُنظر: «الإنصاف» (8/ 366)، و«مطالب أولي النهى» (3/ 295)، و«كشاف القناع» (3/ 393).

المسألة الثانية: الضمان بالكتابة:

الضمان بالكتابة: هو أن يكتب الضامن صيغة الضمان بيديه دون التلفظ بالصيغة.

وقد اختلف العلماء في حكم الضمان بالكتابة على قولين:

القول الأول: أنه يصح الضمان بالكتابة مع القرينة المشعرة مطلقًا، سواء صدرت الكتابة من ناطق أو من أخرس، وسواء كان الأخرس له إشارة مفهومة أم لا، وهو ظاهر قول المالكية[1] والأصح عند الشافعية[2]. لأن الكتابة من الناطق مع النية كناية، وكتابة الأخرس مع قرينة صريحة، فهما في معنى الصيغة[3].

القول الثاني: أنه لا يصح الضمان بالكتابة منفردة عن الإشارة المفهمة وهو قول الحنابلة[4] ووجه للشافعية[5]. لأنه قد يكتب عبثًا أو لتجربة قَلَمِه، فلم يثبت الضمان مع الاحتمال[6].

(1) «المدونة» (5/ 277- 278).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 260)، و«أسنى المطالب» (10/ 199)، و«المجموع» (13/ 160)، و«مغني المحتاج» (3/ 162).

(3) «حاشية الجمل» (3/ 386)، و«أسنى المطالب» (2/ 236).

(4) «المغني» (6/ 323)، و«شرح منتهى الإرادات» (2/ 123).

(5) «روضة الطالبين» (4/ 249)، و«تكملة المجموع» (13/ 160).

(6) «المغني» (6/ 323)، ويُنظر: «مطالب أولي النهى» (3/ 294)، و«كشاف القناع» (3/ 364)، و«شرح منتهى الإرادات» (2/ 123).

المسألة الثالثة:
الضمان بالإشارة المفهمة من الأخرس:

يعني: هل يصح ضمان الأخرس بالإشارة المفهمة منه أم لا؟!

بداية نبيِّن حكم ضمان الأخرس الذي لا تفهم إشارته، فقد قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأما الأخرس؛ فإن لم يكن له إشارة مفهومة ولا كتابة، لم نعرف أنه ضمن حتىٰ نصحح أو نبطل[1].

فأما الأخرس الذي تفهم إشارته، فللعلماء في حكم ضمانه قولان:

القول الأول: أنه يصح ضمانه، وهو قول المالكية[2]، والحنابلة[3]، والصحيح عند الشافعية[4].

جاء في «المدونة» في باب كفالة الأخرس: قال سحنون لابن القاسم: هل تجوز كفالة الأخرس في قول مالك أم لا؟ قال: لا أقوم علىٰ حفظ قول مالك، إلا أن الذي بلغنا عن مالك أنه قال: ما أثبتت البينةُ أن الأخرس قد فهمه من طلاقه وشرائه، إن ذلك جائز عليه، وكذلك مسألتك[5].

(1) «روضة الطالبين» (4/ 241).

(2) «المدونة» (5/ 277).

(3) «المغني» (6/ 323)، و«الإنصاف» (5/ 195)، و«حاشية الروض المربع» (6/ 327)، و«كشاف القناع» (3/ 364).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 241).

(5) «المدونة» (5/ 277).

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وأما الأخرس إن كانت له إشارة مفهومة صح ضمانه)[1].

وقال في «الإنصاف»: (يصح ضمان الأخرس إن كانت له إشارة مفهومة)[2].

واستدلوا على صحة ضمان الأخرس إذا فهمت إشارته، بأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه، فصح ضمانه كالناطق[3].

القول الثاني: أنه لا يصح ضمان الأخرس ولو فهمت إشارته، وهو قول للشافعية[4]؛ لأنه لا ضرورة إليه بخلاف سائر التصرفات[5].

(1) «روضة الطالبين» (4/ 241).

(2) «الإنصاف» (5/ 195).

(3) «المغني» (6/ 323).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 241).

(5) «روضة الطالبين» (4/ 241).

المسألة الرابعة: ضمان المعرفة

ضمان المعرفة: مثل لو جاء رَجُلٌ يستدين مِن إنسان، فقال: أنا لا أعرفك فلا أعطيك، فجاء رجل آخر وقال: أنا ضامن لك معرفته[1].

اختلف العلماء في ضمان المعرفة هل يصح أم لا؟ على قولين:

القول الأول: وهو قول الحنفية: أنه لا تصح الكفالة بضمان المعرفة فقط دون ضمان إحضاره، فلو قال الكفيل: أنا ضامن لمعرفته دون إحضاره، فهو باطل؛ لأن موجب الكفالة التسليم وليس المعرفة.

وكذلك لو قال الضامن: أنا ضامن أن تلتقيا أو تجتمعا، فهو باطل؛ لأن التقاءهما أو اجتماعهما من فعلهما، ولا يكون الإنسان ضامنًا لفعل غيره[2].

القول الثاني: وهو قول الحنابلة: أنه يصح ضمان المعرفة: فلو قال الضامن: «ضمنت لك معرفته» صح الضمان وأُخذ به، فكأنه قال له: ضمنت لك حضوره متىٰ أردت لأنك لا تعرفه[3].

---

(1) «شرح منتهىٰ الإرادات» (2/ 130).

(2) «المبسوط» (19/ 172)، و«حاشية ابن عابدين» (5/ 421)، و«اختلاف الفقهاء» (1/ 235)، و«فتح القدير» (7/ 167)، و«بدائع الصانع» (7/ 369)، و«تبين الحقائق» (4/ 148)، و«الفتاوىٰ الهندية» (3/ 256).

(3) «الإنصاف» (8/ 421)، و«كشاف القناع» (3/ 375)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (2/ 130)، و«مطالب أولي النهىٰ» (3/ 315).

ولا خلاف بين الأحناف والحنابلة أنهم متفقون على الالتزام بإحضار وتسليم المطلوب؛ فإن لم يسلمه مع حياته لزمه ما عليه.

فقد جاء في «كشاف القناع» للبهوتي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (قال الشيخ التقي في «شرح المحرر»: ضمان المعرفة **(معناه أني أعرفك من هو ومن أين هو)**، وقال ابن عقيل: وهذا يُعْطِي أن أحمد جعل ضمان المعرفة توثقه لمن له المال **(فكأنه قال ضمنت لك حضوره)** متىٰ أردت؛ لأنك أنت لا تعرفه، ولا يمكنك إحضار مَن لا تعرفه، فأنا أعرفه فأحضره لك متىٰ أردت، فصار كقوله: كفلت لك ببدنه. انتهىٰ.

فيطالب ضامن المعرفة بإحضاره؛ فإن عجز عن إحضاره لزمه ما عليه لمن ضمن معرفته له)[1].

---

(1) «كشاف القناع» (3/ 375).

المبحث الثاني: تعليق الصيغة وإضافتها:

الصيغة إما أن تكون مطلقة، أو معلقة علىٰ شرط، أو مضافة إلىٰ وقت.

فالمطلقة أو المنجزة مثل: ضمنت لك دَينَك علىٰ فلان، أو تكفلت ببدن فلان، فلا شك في صحة الضمان بهذه الصيغة[1]؛ إذ هي الأصل في الضمان.

أما المعلقة على شرط، مثل: إن استحق المبيع فأنا كفيل لك[2]، أو إن لم يؤد ما لك غدًا فأنا ضامن، أو إن أعطيته كذا فأنا ضامن[3].

أما الصيغة المضافة إلى وقت، مثل: إذا جاء رأس الشهر فأنا ضامن لك أو كفيل[4].

وسيتم بحث هاتين الصيغتين المعلقة والمضافة في مسألتين:

المسألة الأولى: تعليق الصيغة علىٰ شرط.

المسألة الثانية: إضافة الصيغة إلىٰ وقت.

(1) «بدائع الصانع» (7/ 357).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 493).

(3) «منار السبيل» (1/ 415)، و«فقه السنة» (3/ 195).

(4) المصدران السابقان.

المسألة الأولى: تعليق الصيغة على شرط

اختلف العلماء في حكم الضمان إذا كانت الصيغة معلقة على شرط على أربعة أقوال:

القول الأول: أنه يصح تعليقها على شرط، وهو قول الحنابلة[1]، ووجه للشافعية[2]. لأن القبول لا يشترط في الضمان ولا في الكفالة، فجاز تعليقها كالطلاق.

القول الثاني: أنه لا يصح، وهو الصحيح عند الشافعية[3]؛ لأنه عقد، فلا يقبل التعليق كالبيع.

قال الخطيب الشربيني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (والأصح أنه لا يجوز تعليقها بشرط، إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت ما على فلان، أو تكفلت ببدنه؛ لأنهما عقدان فلا يقبلان التعليق كالبيع)[4].

القول الثالث: أنه لا يصح تعليق ضمان المال، ويصح تعليق الكفالة بالنفس وهو وجه للشافعية[5]. لأن الأصل المنع من التعليق، وإنما استثنيت الكفالة بالنفس للحاجة إليها.

(1) «منار السبيل» (1/ 415).
(2) «مغني المحتاج» (3/ 175).
(3) «روضة الطالبين» (3/ 493)، و«مغني المحتاج» (3/ 175).
(4) «مغني المحتاج» (3/ 175)، ويُنظر: «روضة الطالبين» (4/ 260).
(5) «روضة الطالبين» (3/ 493)، و«مغني المحتاج» (3/ 175).

قال الخطيب الشربيني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (يمتنع تعليق الضمان دون الكفالة؛ لأن الكفالة مبنية على الحاجة)[1].

القول الرابع: التفصيل، وهو قول الحنفية، قالوا: فإن كان الشرط سببًا لظهور حَقٍّ جاز، كقوله: إن استحق المبيع فأنا ضامن؛ لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق، وقوله: إن قدم زيد فأنا كفيل؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولًا عنه، أو يكون مضاربة.

فإن لم يكن سببًا لظهور الحق ولا لوجوبه، ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة، فلا يجوز، مثل: إذا جاء المطر أو إن هب الريح وإن دخل زيد الدار فأنا كفيل[2].

استدل القائلون بالتفصيل بما قاله الإمام الكاساني الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: حيث قال بأن الكفالة فيها معنى التمليك...، والأصل ألا يجوز تعليقها بشرط إلا شرطًا أُلْحِق به تَعَلُّقٌ بالظهور أو التوسل إليه في الجملة فيكون ملائمًا للعقد فيجوز.

وقال أيضًا: إن الكفالة جوازها بالعُرف، والعُرف في مثل هذا الشرط دون غيره[3].

---

(1) «مغني المحتاج» (3/ 175).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 359)، و«مجمع الضمانات» (594).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 309)، و«الاختيار» (2/ 171).

المسألة الثانية: إضافة الصيغة إلى وقت:

مثل: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت، أو أنا ضامن إلىٰ شهر[1]، وأنا ضامن إلىٰ الحصاد والدِّياس.

فقد نص الحنفية على صحة إضافتها إلى وقت:

فقد قال الإمام الكاساني الحنفي مبينًا تعليل الصحة: لأنها أضيفت إلىٰ سبب الضمان وإن لم يكن الضمان ثابتًا في الحال، والكفالة وإن كان فيها معنىٰ التمليك فليست بتمليك محض، فجاز أن تحتمل الإضافة[2].

أما الشافعية فقد خلصوا إلىٰ أن تأجيل الكفالة لا يصح، وإنما يصح عندهم تأخير إحضار الشخص إلىٰ أجل معلوم، مثل إلىٰ شهر أو سنة[3].

أما لو شرط للإحضار أجلًا مجهولًا، كالحصاد مثلًا، ففي صحة الكفالة وجهان، أصحهما المنع[4].

أما الأحناف فقد قال الإمام الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهو يتحدث عن تأجيل الكفالة إلىٰ وقت مجهول: وأما إن كان التأجيل إلىٰ وقت مجهول؛ فإن كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه، فكفل إلىٰ هذه الأوقات

---

(1) «منار السبيل» (1/ 415)، و«روضة الطالبين» (4/ 260).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 363).

(3) «مغني المحتاج» (3/ 175).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 260).

جاز عند أصحابنا، وعند الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يجوز، ووجه قوله أن هذا عقد إلىٰ أجل مجهول، فلا يصح كالبيع.

ثم عقب على هذا الكلام بقوله رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولنا أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة، وهذا لأن الجهالة لا تمنع من جواز العقد بعينها، بل لإفضائها إلىٰ المنازعة بالتقديم والتأخير، وجهالة التقديم والتأخير لا تفضي إلىٰ المنازعة في باب الكفالة؛ لأنه يسامح في أخذ الحق من جهة الأصيل بخلاف البيع، ولأن الكفالة جوازها بالعُرف، والكفالة إلىٰ هذه الآجال متعارفة.

وإن كانت هذه الكفالة حالة فأخر إلىٰ هذه الأوقات جاز أيضًا لما ذكرنا.

وإن كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح، فالأجل باطل، والكفالة صحيحة لأن هذه جهالة فاحشة، فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل، وبقيت الكفالة صحيحة(1).

أما الحنابلة فقد قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإن كفل إلىٰ أجل مجهول لم تصح الكفالة، وبهذا قال الشافعي؛ لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه، وهكذا الضمان، وإن جعله إلىٰ الحصاد والجزاز والعطاء، خرج علىٰ الوجهين، كالأجل في البيع، والأَوْلىٰ صحتها هنا؛ لأنه تبرع من غير عوض، جعل له أجلًا لا يمنع من المقصود منه، فصح كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة)(2).

---

(1) «بدائع الصانع» (7/ 358)، و«تبيين الحقائق» (4/ 154)، و «مجمع الضمانات» (595)، و«الفتاوىٰ الهندية» (3/ 278).

(2) «المغني» (6/ 348).

أما الإمام مالك فقد جاء في «المدونة» لسحنون قال: (قلت - يعني لابن القاسم-: أرأيت إن قال: أنا كفيل بما لك على فلان إلى خروج العطاء؟ قال: سألت مالكًا عن الذي يبيع إلى العطاء، قال مرة: كان ذلك جائزًا؛ لأن العطاء كان معروفًا ثم تحول فلا يعرف، ولا يعجبني. ثم سمعته بعد ذلك يقول فيه: مَرفِقٌ للناس ولا يجوز، أعجب إليَّ أن يكون معروفًا، فأما الحمالة بالنفس فلا بأس به)(1).

أما إذا أضيفت إلى أجل معلوم، فقد نص أصحاب المذاهب الأربعة على صحتها(2).

بعض المسائل التي تتعلق بالصيغة:

1- اشتراط الخيار: هل يدخل الضمانَ والكفالةَ خيارٌ أم لا؟!

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولا يدخل الضمانَ والكفالةَ خيارٌ؛ لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه لا حظ لهما؛ ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيارٌ كالنذر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، ولا نعلم عن أحدٍ خلافهم؛ فإن شرط الخيار فيهما، فقال القاضي: عندي أن الكفالة تبطل، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه شرط على ما ينافي مقتضاها ففسدت، كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به؛ وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به، والخيار ينافي ذلك، ويحتمل أن يبطل

(1) «المدونة الكبرى» (5/ 283).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 357)، و«مغني المحتاج» (3/ 175)، و«شرح المنهاج» (3/ 387)، و«تبيين الحقائق» (4/ 154)، و«المغني» (6/ 348)، و«تحفة العلماء» (3/ 240).

الشرط وتصح الكفالة، كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط؛ لأنه وَصَلَ بإقراره ما يُبْطِلُه، فأشبه استثناءَ الكُلِّ)(1).

وقال الإمام الشيرازي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا يثبت في الضمان خيارٌ؛ لأن الخيار لدفع الغبن وطلب الحظ، والضامن يدخل في العقد علىٰ بصيرة أنه مغبون، ولأنه لا حظ له في العقد(2).

هذا بالنسبة للكفيل أما المضمون له:

فقال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (لو شرط الضامن أو الكفيل الخيار لنفسه لم يصح الضمان، فلو شرط للمضمون له لم يضر؛ لأن الخيار في المطالبة والإبراء له أبدًا)(3).

وقال الحنفية: يصح خيار الشرط في الكفالة بنفس أو مال ويصح الخيار فيها للمكفول له وللكفيل وإن زادت مدة الخيار عن ثلاثة أيام عند الإمام أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن مبنىٰ الكفالة علىٰ التوسعة.

قال البغدادي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كَفَلَ عَلَىٰ أَنَّه بالخيار عشرة أيام، صح، بخلاف البيع عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن مبنىٰ الكفالة علىٰ التوسعة(4). اهـ.

(1) «المغني» (6/ 341)، و«المجموع» (13/ 188)، و«مغني المحتاج» (3/ 175).

(2) «المهذب» (1/ 341)، و«تكملة المجموع» (13/ 188).

(3) «روضة الطالبين» (4/ 264)، ويُنظر: «تكملة المجموع» (13/ 188)، و«مغني المحتاج» (3/ 175).

(4) «مجمع الضمانات» (582).

2- اشترط الكفيل براءة الأصيل هل يصح أم لا؟

تبطل الكفالة عند الشافعية[1] والحنابلة[2] بأي شرط يخالف مقتضاها، ومن ذلك اشتراط براءة الأصيل من دَينه. لأن عقد الكفالة يقتضي شغل ذمة الَمدِين والضامن مَعًا، ومثل ذلك الكفالة؛ فإذا كان الشخص كفيلًا فجاء آخر، وقال: إنني أكفله بشرط براءة الكفيل الأول، فإنه لا يصح[3].

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فلو ضمن بشرط براءة الأصيل لم يصح على الأصح؛ لأنه ينافي مقتضاها.

والثاني: يصح الضمان والشرط.

والثالث: يصح الضمان فقط[4].

3- هل يصح ضمان الحالِّ مؤجّلاً؟!

أجاز الفقهاء ضمان الدَّين الحالّ مؤجلًا، أي إذا كان الدَّينُ حالًّا على الأصيل، وضمنه الكفيل إلى أجل، فهو صحيح.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإذا ضمن الدَّينَ الحالَّ مؤجلًا صح، ويكون حالًّا على المضمون عنه، مؤجلًا على الضامن، يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبهذا قال الشافعي، وقال أحمد في رجل ضمن ما على فلان أن يؤديه في ثلاث سنين: فهو عليه، ويؤديه كما ضمن، واحتجوا على ذلك بما رواه ابن

---

(1) «روضة الطالبين» (4/ 264).
(2) «المغني» (6/ 350).
(3) «تكملة المجموع» (13/ 236).
(4) «روضة الطالبين» (4/ 264).

عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن رَجُلًا لزم غريمًا له بعشرة دنانير على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ما عندي شيء أعطيكه، فقال: والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني، فجره إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**كم تستنظره؟**»، قال: شهرًا، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**فأنا أحمل له**»، فجاءه في الوقت الذي قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**من أين أصبت هذا؟**»، قال من معدن، قال: «**لا خير فيها وقضاها عنه**»[1].

ولأنه ضمن مالًا بعقد مؤجل، فكان مؤجلًا كالبيع[2].

أما إذا ضمن الكفيل الدَّين المؤجل على الأصيل حالاً:

ففي صحة ضمانه وجهان عند الشافعية[3]، والأصح عند الحنابلة أن هذا الضمان جائز، ولكن لا يطالب الكفيل بالدَّين قبل حُلول الأجل؛ لأنه بذلك يلتزم الدَّين وزيادة، والزيادة هي حلول الدَّين المؤجل[4].

---

(1) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: وقد تقدم.

(2) «المغني» (6/ 324)، و«الإنصاف» (5/ 208)، و«الكافي» (2/ 231)، و«كشاف القناع» (3/ 374)، و«مطالب أولى النهى» (3/ 311)، و«روضة الطالبين» (4/ 261)، و«المجموع» (13/ 155)، و«مغني المحتاج» (3/ 175)، و«المدونة الكبرى» (5/ 268)، و«منح الجليل» (6/ 203).

(3) «روضة الطالبين» (4/ 261)، و«المجموع» (13/ 156)، و«المبدع» (4/ 261)، ويُنظر للمالكية: «منح الجليل» (6/ 203)، و«الشرح الكبير» (3/ 332).

(4) «المغني» (6/ 325)، و«الكافي» (2/ 231)، و«الإنصاف» (5/ 209) و«شرح منتهى الإرادات» (2/ 129)، ويُنظر: «مجمع الضمانات» (600) فإنه قال بقول الحنابلة.

وفرق الحنفية بين تأجيل الحال بعد عقد الكفالة، وكفالة الحال مؤجلًا في ابتداء الكفالة:

قال الْمَرْغِينَانِيّ الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإذا أَخَّر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل، ولو أَخَّر عن الكفيل لم يكن تأخيرًا عن الذي عليه الأصلُ؛ لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحالِّ مؤجلًا إلىٰ شهر، فإنه يتأجل عن الأصيل؛ لأنه لا حق له إلا الدَّين حالَ وجود الكفالة، فصار الأجل داخلًا فيه، أما هاهنا فبخلافه)[1].

4- إذا قال: أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بروحه أو بعضو من أعضائه:

لو قال أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بروحه، أو بوجه، كان كفيلًا به[2]. لكن هل تصح الكفالة بعضو من أعضاء البدن، مثل أن يقول: أنا كفيل بيده أو برجله أو بثلثه أو بنصفه...إلخ أم لا؟

اختلف العلماء في ذلك على أقوال:

القول الأول: أنه يصح، وهو قول لكلٍ من الشافعية[3] والحنابلة[4]، قالوا: لأن تسليمه تسليم جميعه، ولأنه لا يمكن تسليم نصفه أو ثلثه إلا بتسليم جميع البدن، ولا يسلم اليد والرجل علىٰ هيئتها عند الكفالة؛ وذلك لا يمكن إلا بتسليم جميعه.

---

(1) «الهداية» (3/ 91)، ويُنظر: «مجمع الضمانات» (596).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 262)، و«المغني» (6/ 343)، و«البحر الرائق» (6/ 225)، و«حاشية ابن عابدين» (5/ 286).

(3) «روضة الطالبين» (4/ 262)، و«تكملة المجموع» (13/ 225).

(4) «المغني» (6/ 343).

وقالوا: إنه لا يمكن إحضار هذه الأعضاء علىٰ صفتها إلا بإحضار البدن كله، فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه؛ ولأنه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه إذا أضيف إلىٰ البعض، كالطلاق والعتاق.

وعند الحنفية لو قال: كفلت بنفس فلان، أو بما يعبر به من أعضائه عن جميع البدن، كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه، بأن قال: تكفلت برأسه أو بوجهه إلىٰ آخره. أو تكفل بجزء شائع منه، بأن قال: تكفلت بثلثه أو بربعه، كل ذلك جائز؛ لأن هذه الأشياء يعبر بها عن جميع البدن عُرفًا، ولأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ، فذِكْرُ بعضها شائعًا كذِكْر كلها[1].

القول الثاني: أنه لا يجوز، وهو قول لكلٍ من الشافعية[2] والحنابلة[3]، قالوا: لأن إفراد العضو بالعقد لا يصح، ولأن ما لا يسري إذا خص به عضو أو جزء مشاع لم يصح؛ كالبيع والإجارة.

القول الثالث: قالوا: إن كان العضو لا يبقىٰ البدن بدونه كالرأس والقلب جاز؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بتسليم جميع البدن.

أما إن كان العضو يبقي البدن بدونه كاليد والرجل لم يصح؛ لأنه قد يقطع منه ويبرأ مع بقائه ويبقىٰ البدن، قالوا: ولا فائدة في تسليمه وحدَه، وهو قول للشافعية[4]، ووجه للحنابلة[5].

---

(1) «البحر الرائق» (6/ 225)، و«تبيين الحقائق» (4/ 147)، و«حاشية ابن عابدين» (5/ 286).

(2) «روضة الطالبين» (4/ 262)، و«تكملة المجموع» (13/ 225).

(3) «المغني» (6/ 343).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 262)، و«المجموع» (13/ 225)، و«مغني المحتاج» (3/ 174).

(5) «المغني» (6/ 343).

5- لو أحضر الكفيل المكفول به في غير المكان أو الوقت الذي اشترطه المكفول له، هل يصح أم لا؟

قال الإمام الشيرازي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإن أحضر المكفول به قبل المحل، أو في غير الموضع الذي شرط فيه التسليم؛ فإن كان عليه في قبوله ضرر، أو له في رده غرض، لم يلزمه قبوله، وإن لم يكن عليه ضرر ولا له في رده غرض وجب قبوله؛ فإن لم يتسلمه، أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه، ويبرأ، كما قلنا في دَين السلم.

وإن أحضره وهناك يدٌ حائلة لم يبرأ؛ لأن التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل، ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه، وإن سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم؛ لأن حبس الحاكم ليس بحائل، ويمكن إحضاره، ومطالبته بما عليه من الحق)[1].

(1) «المهذب» (1/ 344)، ويُنظر: «تكملة المجموع» (13/ 226)، و«المغني» (6/ 347) و«اختلاف الفقهاء» (1/ 230، 231).

آثار الكفالة:

حق المكفول له في المطالبة:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3] إلىٰ أن الكفالة تعطي المكفول له الحق في مطالبة الكفيل بما التزمه، وأن له الحق أيضًا في مطالبة الأصيل: فله مطالبة أيهما شاء، أو مطالبة الاثنين الكفيل والأصيل معًا، ولكنه لا يأخذ أكثر من حقه.

قال الإمام الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما علىٰ الأصيل عند عامة مشايخنا ويطرد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات؛ لأن الكل في احتمال هذا الحكم علىٰ السواء؛ وإنما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب علىٰ الأصيل لا عليه فالدين علىٰ واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل إن كان واحدًا يطالب بكل الدين، وإن كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لأنهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء ويطالب الكفيل بالنفس بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائبًا....؛ فأما براءة الأصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة

(1) يُنظر: «فتح القدير» (5/ 390).

(2) يُنظر: «مغني المحتاج» (3/ 176)، و«الإفصاح» لابن هبيرة (2/ 206)، و«كفاية الأخيار» (318).

(3) يُنظر: «المغني» (6/ 329)، و«الإفصاح» لابن هبيرة (2/ 206)، و«المحلىٰ» (8/ 526).

الأصيل؛ لأنها حوالة معنىٰ أو كانت مقيدة بما عليه من الدين؛ لأنها في معنىٰ الحوالة أيضًا)[1].

وقال ابن الهمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (والكفالة ضم ذمة إلىٰ ذمة، وذلك يسوغ مطالبتهما، أو مطالبة أيهما شاء، إلا إذا شرط في الكفالة براءة الأصيل، فحينئذٍ لا يطالب الأصيل بناء علىٰ أنها حينئذٍ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوز بها فيها، فتجرىٰ حينئذٍ أحكام الحوالة، كما أن الحوالة بشرط ألا يبرأ الأصيل، تنعقد كفالة اعتبارًا للمعنىٰ فيهما)[2].

وقال الإمام الحصني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا صح الضمان بشروطه.. فللمستحق أن يطالب الأصيل والضامن، أما الأصيل فلأن الدَّين باقٍ عليه، ولهذا قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لأبي قتادة حين وفَّي دَين الميت: **«الآن بردت عليه جلدته»** وإنا لله وإنا إليه راجعون مما اكتسبناه في ذممنا، وأما الضامن فلقول شفيع المذنبين صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«الزعيم غارم»** ولنا وجه كمذهب مالك: أنه لا يطالب الضامن إلا بعد عجز المضمون عنه، وله مطالبة هذا ببعض الدَّين، وذاك ببعضه الآخر.اهـ[3].

وعن الإمام مالك روايتان:

الأُولى: مثل قول الجمهور.

والثانية: لا يطالب الضامن إلا أن يتعذر الاستيفاء من المضمون عنه وهو الأصيل، وهو وجه للشافعية[4].

---

(1) «بدائع الصانع» (7/ 376).
(2) «شرح فتح القدير» (7/ 182).
(3) «كفاية الأخيار» (318).
(4) يُنظر: «بداية المجتهد» (2/ 407)، و«الإفصاح» لابن هبيرة (2/ 206)، و«المحلىٰ» (8/ 526).

جاء في «المدونة الكبرى» تحت عنوان: في أخذ الحميل بالحق والمحتمل به مليء غائب أو حاضر، قلت: أرأيت إن تحملت برجل أو بمال على رجل، أيكون للذي له الدَّين أن يأخذني بالحق الذي تحملت به، وصاحبي الذي تحملت به مليء بالذي عليه في قول مالك؟ (قال): قال مالك: ليس ذلك له ولكن يأخذ حقه من الذي عليه الدَّين؛ فإن نقص من حقه شيء أخذه من مال الحميل، إلا أن يكون الذي عليه الدَّين مديانًا، وصاحب الحق يخاف إن قام عليه حاصّه الغرماء، أو غائبًا عنه، فله أن يأخذ الحميل ويدعه، وقد كان مالك يقول قبل ذلك: للذي له الحق أن يأخذ إن شاء الحميل، وإن شاء الذي عليه الحق، ثم رجع إلى هذا القول الذي أخبرتك، وهو أحب ما فيه إليّ.

قال سحنون، وكذلك روى ابن وهب، (قلت لابن القاسم: أرأيت إن كان الذي عليه الحق مليئًا غائبًا والحميل حاضر، أيكون للذي له الدَّين أن يأخذ الحميل، والذي عليه الدَّين مليء، إلا أنه غائب؟ (قال): نعم: كذلك قال لي مالك، إلا أن يكون للذي عليه الدَّين أموال حاضرة ظاهرة فإنها تباع أمواله في دَينه. وقال غيره: إلا أن يكون في تثبيت ذلك وفي النظر فيه بُعْدٌ فيؤخذ من الحميل)[1].

وجاء في «بلغة السالك»: (والقول المرجوع عنه هو الذي جرى به العمل بفاس، وهو الأنسب بكون الضمان شغل ذمة أخرى بالحق)[2].

لكن جمهور المالكية أخذوا بالرأي الذي رجع إليه الإمام مالك: وهو أن المكفول له لا يطالب الكفيل إذا تيسر الأخذ من مال المكفول عنه إلا إذا اشترط.

---

(1) «المدونة الكبرى» (5/ 259).

(2) «بلغة السالك» (3/ 278).

ويعبر الشيخ الدردير عن قول جمهور المالكية بقوله: (ولا يطالب) (الضامن) أي: ليس لِرَبِّ الدَّين مطالبته به (إن تيسر الأخذ) لِرَبِّ الدَّين (من مال المَدِين)، بأن كان موسرًا غير مُلَدٍّ[1] ولا ظالم، وهذا هو الذي رجع إليه مالك بعد قوله: رَبُّ الدَّين مخير في طلب أيهما شاء (ولو) كان المدين (غائبًا) حيث كان الدَّين ثابتًا، ومال المدين حاضرًا يمكن الأخذ منه بلا مشقة، (إلا أن يشترط) رَبُّ الدَّين عند الضمان (أخذ أيهما شاء، أو) يشترط (تقديمه) في الأخذ عن المدين، (أو ضمن) الضامن المدين، (في الحالات الست) الحياة والموت والحضور والغيبة، واليسر والعسر، فله مطالبته، ولو تيسر الأخذ من مال الغريم[2].

بعد هذا الكلام يتبين لنا أنه لا يجوز لصاحب الدَّين أن يطالب الضامن إلا في أربعة أحوال عند المالكية:

الحالة الأُولى: أن يكون المضمون الأصلي مُفلسًا.

الحالة الثانية: أن يكون المضمون الأصلي مُوسرًا، ولكنه مماطل معروف باللدد في الخصومة والشدة فيها.

الحالة الثالثة: أن يكون المدين الأصلي غائبًا، وليس له مال يمكن سداد الدَّين منه، أما إذا كان له مال يستطيع صاحب الدَّين أن يأخذ منه بدون صعوبة ولا مشقة، فليس له في هذه الحالة مطالبة الضامن.

---

(1) أي: غير شَدِيدُ الخُصُومة، يُنظر: «لسان العرب» (3/ 391) مادة: (لدد)، و«تاج العروس» (9/ 139).

(2) «الشرح الصغير» (3/ 278)، «بهامش بلغة السالك»، ويُنظر: «الشرح الكبير» (3/ 340)، و«حاشية الدسوقي» (3/ 337)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 30).

الحالة الرابعة: أن يشترط صاحب الدَّين أن يأخذ دَينه من أيهما شاء؛ فإن له في هذه الحالة أن يطالب، ومثل ذلك: أن يشترط مطالبة الضامن في حالة معينة، كعسر المضمون، أو موته، أو نحو ذلك[1].

قالوا: بأنها وثيقة، فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصل كالرهن.

وناقش ابن قدامة هذا القول فقال: إنه لا يشبه الرهن؛ لأنه مال مَن عليه الحق، وليس بذي ذمة يطالب، وإنما يطالب مَن عليه الدَّين، ليقضي منه أو من غيره[2].

واستدل الجمهور بما قاله ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: بأن الحق ثابت في ذمة الضامن، فملك مطالبته كالأصيل[3].

ومما يدل على أنه ثابت في ذمة الضامن ما يلي:

1- أنه إذا وهب صاحب الحق الدَّين للكفيل صحت الهبةُ، وكان للكفيل حَقُّ الرجوع على الأصيل بما ملكه بالهبة، ولو لم تكن ذمته مشغولة بأصل الدَّين لما صحت هبةُ الدَّين له؛ لعدم جواز هبةِ الدَّين لمن ليس عليه.

2- إذا اشترى صاحب الدَّين من الكفيل سلعةً بدَينه، صح عقد البيع، ولو لم تكن ذمة الكفيل مشغولة بالدَّين لما صح البيع؛ لأن الشراء بالدَّين لا يصح إلا ممن عليه الدَّين.

(1) يُنظر: «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (3/ 337)، و«تكملة المجموع» (13/ 246-247).

(2) «المغني» (6/ 329).

(3) «المغني» (6/ 329).

3- لو مات الكفيل أخذ من تركته بمقدار سداد الدَّين للطالب ولو لم تكن ذمته مشغولة بأصل الدَّين لسقطت عنه المطالبة بموته.

4- ولأن الحق ثابت في ذمتهما، فملك مطالبة مَن شاء منهما كالضامنين إذا تعذر مطالبة المضمون عنه(1).

وقال الإمام ابن رشد المالكي رَحِمَهُ اللَّهُ: ومن الحجة لمن رأىٰ الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبًا أو حاضرًا، غنيًّا أو عديمًا: حديث قبيصة بن المخارق قال: (تحملت حمالة فأتيت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فسألته عنها، فقال: «**نخرجها عنك من إبل الصدقة يا قبيصة إن المسألة لا تحل إِلَّا فِي ثَلاث، وذكر رجلًا تحمل حمالة رجل حتَّىٰ يؤديها**»)(2).

ووجه الدليل من هذا: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أباح المسألة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه(3).

لو أبرأ صاحبُ الدَّين المضمونَ عنه فهل يبرأ الضامنُ؟

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: (وإن أبراء صاحبُ الدَّين المضمونَ عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافًا.

وإن أبرأ المضمونُ له الضامنَ لم تبرأ ذمة المضمون عنه؛ لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع)(4).

---

(1) «المغني» (6/ 329).

(2) رواه مسلم (2/ 722) حديث رقم (1044) باب: من تحل له المسألة بلفظ: «تَحَمَّلْتُ حَمَالَةً فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَسأَلُهُ فيها فقال أَقِمْ حتىٰ تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ فَنَأْمُرَ لك بها».

(3) «بداية المجتهد» (2/ 407).

(4) «المغني» (6/ 329).

وقال: (وإذا قال المكفول له للكفيل: أبرئك من الكفالة، برئ لأنه حقه، فسقط بإسقاطه كالدَّين)[1].

أثر العلاقة بين الكفيل والمكفول عنه:

رجوع الكفيل على المكفول عنه:

ابتداءً: إذا قضىٰ الكفيل الدَّين متبرعًا به لا ينوي الرجوع به علىٰ المكفول عنه، برئ المدين، وأصبح غير ملتزم بالدَّين؛ لأنه متطوع بذلك فأشبه الصدقة، ويستوي هنا الكفالة والأداء بأمر (بإذن) المكفول عنه وبغير أمره (إذنه)[2].

أما إذا أدَّاه بنية الرجوع به على المضمون عنه لم يخلُ من أربع حالات:

الحالة الأُولى: أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره، فإنه يرجع علىٰ المدين، سواء شرط الرجوع أم لا، وسواء قال له: اضمن عني أو أدّ عني، أو أطلق.

وهذا هو مذهب المالكية والشافعية[3] والحنابلة[4] وقول أبي يوسف من الحنفية[5]، وقال أبو حنيفة ومحمد[6]: يشترط أن يشتمل كلامه علىٰ لفظة عَنِّي.

قال ابن الهمام الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فإن قال: اضمن عني أو اكفل عني، رجع عليه، وإن قال: اضمن الألف التي لفلان عليَّ، لم يرجع عليه عند الأداء؛ لأن

(1) «المغني» (6/ 352).

(2) «المغني» (6/ 331).

(3) يُنظر: «روضة الطالبين» (4/ 266).

(4) يُنظر: «المغني» (6/ 331).

(5) يُنظر: «فتح القدير» (7/ 188-189)، و«بدائع الصانع» (7/ 384).

(6) المصادر السابقة.

الكائن مجرد الأمر بالضمان والإعطاء فجاز أن يكون القصد ليرجع، وأن يكون القصد لطلب تبرعه بذلك، فلم يلزمه المال، إلا إذا كان خليطًا[1] أو شريكًا...، ثم قال: والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عَنِّي)[2].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولنا أنه ضمن ودفع بأمره، فأشبه ما إذا كان مخالطًا له، أو قال: اضمن عني، وما ذكراه ليس بصحيح؛ لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه، وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلىٰ ما ضمنه بدليل المخالط له، فيجب عليه أداء ما أدىٰ عنه، كما لو صرح به)[3].

وجاء في «**مجمع الضمانات**» للبغدادي: أَمَرَهُ أن يؤدي زكاة ماله عن نفسه، أو قال: هب لفلان شيئًا، أو قال: عَوِّض الواهب لي عن هبته مِن مالك، أو: أنفق علىٰ عيالي، أو: مَن في فناء داري من مالك، ولا خلط بينهما، ولا شرط الرجوع، قال الإمام السرخسي: يرجع المأمور في ذلك كله علىٰ الآمر.

وقال الإمام خواهر زاده رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يرجع بغير شرط.

وفي الجبايات والمؤن المالية: إذا أمر غيره بأدائها، قال الإمام البزدوي: يرجع المأمور علىٰ الآمر بغير شرط، وكذا في كل ما كان مطالبًا به من جهة العباد حِسًّا.

والرجل إذا أخذه السلطان ليصادره، فقال لرجل: خلصني، أو أسير في يد الكافر، إذا قال لغيره ذلك فدفع المأمور مالًا، وخلصه منه، اختلفوا فيه، فقال بعضهم: لا يرجع المأمور في المسألتين إلا بشرط الرجوع.

---

(1) **الخليط هو**: الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه. وكل من في عياله بمنزلة الخليط. يُنظر: «مجمع الضمانات» (555).

(2) «فتح القدير» (7/ 188-189).

(3) «المغني» (6/ 332).

وقال بعضهم في الأسير: يرجع بلا شرط، لا في المصادرة. والإمام السرخسي علىٰ أنه يرجع فيهما بلا شرط الرجوع، كما في المديون إذا أمر آخر أن يقضي دَينه عنه. اهـ[1].

الحالة الثانية: أن يضمن بأمره، ويقضي بغير أمره، فله الرجوع أيضًا، وهو قول مالك وأحمد والشافعي في أحد الوجوه عنه[2].

قال النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فالأصح المنصوص أنه يرجع.

والثاني: لا يرجع؛ لأنه دفع بغير أمره، أشبه ما لو تبرع به.

والثالث: إن أدىٰ من غير مطالبته أو بمطالبته، ولكن أمكنه استئذان الأصل لم يرجع، وإلا فليرجع)[3].

قال الإمام الشيرازي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإن ضمن بإذنه وقضىٰ بغير إذنه فالمنصوص أنه يرجع عليه...؛ لأنه اشتغلت ذمته بالدَّين بإذنه؛ فإذا استوفىٰ منه رجع، كما لو أعاره مالًا فرهنه في دَينه وبيع في الدَّين... ثم قال: إن أمكنه أن يستأذنه لم يرجع؛ لأنه قضاه باختياره.

مثاله: إن كان المضمون عنه حاضرًا موسرًا يمكنه أن يطالبه بتخليصه من الضمان فقضىٰ، لم يرجع؛ لأنه متطوع بالأداء.

وإن لم يمكنه رجع؛ لأنه قضاه بغير اختياره، مثاله: إن كان الضامن مضطرًا إلىٰ القضاء، مثل: إن طالبه المضمون له والمضمون عنه غائب أو حاضر معسر، فقضىٰ المضمون له، رجع الضامن؛ لأنه مضطر إلىٰ القضاء)[4].

(1) «مجمع الضمانات» ص(175/ 176).
(2) «المغني» (6/ 332)، و«تكملة المجموع» (13/ 195).
(3) «روضة الطالبين» (4/ 266).
(4) «المهذب» (1/ 342)، و«تكملة المجموع» (13/ 197).

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولنا: أنه إذا أذن في الضمان تَضَمَّن ذلك إذنه في الأداء؛ لأن الضمان يوجب عليه الأداء، فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحًا)[1].

الحالة الثالثة: أن يضمن بغير أمره، ويقضي بأمره، فقال مالك وأحمد ووجه للشافعي: يرجع عليه[2].

والوجه الصحيح عند الشافعي: أنه لا يرجع عليه.

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فلا رجوع على الأصح، فلو أذن في الأداء بشرط الرجوع، ففيه احتمالان للإمام:

أحدهما: يرجع كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان.

والثاني: لا يرجع؛ لأن الأداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق الواجبة، (قلت): الاحتمال الأول أصح، والله أعلم)[3].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولنا: أنه أدى دَينه بأمره فرجع عليه، كما لو لم يكن ضامنًا أو كما لو ضمن بأمره، وقولهم: إن إذنه في القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه.

قلنا: الواجب بضمانه إنما هو أداء دَينه، وليس هو شيء آخر، فمتى أداه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله)[4].

---

(1) «المغني» (6/ 333).

(2) «المغني» (6/ 333)، ويُنظر: «روضة الطالبين» (4/ 266)، و«المحلي» (8/ 255)، و«المجموع» (3/ 195).

(3) «روضة الطالبين» (3/ 499)، و«المجموع» (13/ 195).

(4) «المغني» (6/ 333).

الحالـة الرابعـة: إذا ضـمن بغيـر أمـره وقـضىٰ دَينه بغير أمـره، ففيهـا قـولان لأهل العلم:

القول الأول: أنه لا يرجع بشيء، وهو قول أبو حنيفة، والشافعي ورواية عـن أحمد[1]. لحديث ضمان علي وأبي قتادة، فإنهما ضمنا عنهما بغير إذنهمـا وقـضا عنهما بغير إذنهمـا، فلـو كانـا يـستحقان الرجـوع علىٰ الميت صـار الـدَّين لهمـا، فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بـدين المـضمون عنه، ولـم يُصَلِّ عليه النبي صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولأنـه تـبرع بـذلك، أشبه مـا لـو علـف دوابه وأطعـم عبيده بغير أمره[2].

القـول الثـاني: أنـه يرجـع، وهـو قـول مالـك والروايـة الثانيـة عـن الإمـام أحمد[3].

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنه قضاء مبرئ مِن دَيـن واجـب، فكـان مـن ضـمان مَن هو عليه، كالحـاكم إذا قـضىٰ عنـه عنـد امتناعـه، فأمـا علـي وأبـو قتـادة فإنهمـا تبرعا بالقضاء والضمان، فإنهما قضيا دَينه قصدًا لتبرئة ذمتـه، ليُصَلِّي عليـه النبـي صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع علمهما بأنـه لـم يـترك وفـاء، والمتـبرع لا يرجـع بـشيء، وإنمـا الخلاف في المحتسب بالرجوع[4].

---

(1) «بـدائع الـصانع» (7/ 383)، و«روضـة الطـالبين» (4/ 266)، و«المجمـوع» (13/ 196)، و«المغني» (6/ 333).

(2) «المغني» (6/ 333)، و«المجموع» (13/ 196).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 388)، و«المغني» (6/ 333)، و«الكافي» (399).

(4) «المغني» (6/ 333).

متى يرجع الكفيل؟

إن كان الدين حالًّا فللكفيل أن يرجع بعد الأداء؛ فإذا طالبه المكفول له فله أن يطالب المدين بالأداء، ولكن ليس له حق الرجوع إلا إذا أدىٰ هو الدَّين، أما إذا كان الدَّين مؤجلًا فليس للكفيل حق الرجوع إلَّا بعد حلول الأجل والأداء؛ فإذا أدىٰ قبل الأجل فلا يرجع إلا بعد الحلول.

وإذا حل الدَّين المؤجل علىٰ الضامن بموته، أخذًا بقول من رأىٰ أن الأجل يسقط بموت من له الأجل، فاستوفىٰ الغريم الدَّين من تركته، فليس لورثته مطالبة المضمون عنه حتىٰ يحل الأجل عليه.

وإذا حل الدَّين علىٰ المضمون عنه بموته فليس للضامن أن يرجع علىٰ الورثة إلا بعد الأداء[1].

وجاء في «الدر المختار» للحصكفي: (وإذا حل) الدَّينُ المؤجلُ (علىٰ الكفيل بموته لا يحل علىٰ الأصيل)، فلو أداه وارثه لم يرجع لو الكفالة بأمره، إلا إلىٰ أجله، خلافًا لزفر، (كما لا يحل) المؤجل (علىٰ الكفيل) اتفاقًا، (إذا حل علىٰ الأصيل به)، أي: بموته.

وعقب الإمام ابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ على هذا الكلام قائلًا: (إذا حل الدَّين المؤجل... إلخ)، أفاد أن الدَّين يحل بموت الكفيل، كما صرح به في «الغرر»، و«شرح الوهبانية» عن المبسوط، وعلله في «المنح عن الولوالجية» بأن الأجل يسقط بموت مَن له الأجل. وقوله (لا يحل علىٰ الأصيل)، وكذا إذا عجل

(1) «المغني» (6/ 324/ 326).

الكفيل الدَّين حال حياته، لا يرجع علىٰ المطلوب، إلا عند حلول الأجل عند علمائنا الثلاثة[1].

وجاء في «المدونة الكبرى»: قال سحنون: قلت لابن القاسم: أرأيت إن تكفلت لرجل بما له علىٰ رجل إلىٰ أجل، فمات الكفيل، أو مات المكفول عنه، (قال): قال لي مالك: إذا مات الكفيل قبل محل الأجل، كان لرَبِّ الحق أن يأخذ حقه من مال الكفيل، ولا يكون لورثة الكفيل أن يأخذوا مِن الذي عليه الحق شيئًا حتىٰ يحل أجل المال، قال مالك: وإن مات الذي عليه الحق قَبْلَ الأجل كان للطالب أن يأخذ حقه من ماله؛ فإن لم يكن له مال، لم يكن له أن يأخذ بالحق حتىٰ يحل الأجل[2].

وقال الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإذا تحمل أو تكفل الرجل عن الرجل بالدَّين، فمات المُحْتَمِلُ قَبْلَ أَنْ يَحِلَّ الدَّيْنُ فَلِلْمُحْتَملِ عَنْهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِمَا حَمَلَ لَهُ بِهِ؛ فإذا قبض ماله برئ الذي عليه الدَّين والحميل، ولم يكن لورثة الحميل أن يرجعوا علىٰ المحمول عنه بما دفعوا عنه حتىٰ يحل الدَّينُ.

هكذا لو مات الذي عليه الحق كان للذي له الحق أن يأخذه من ماله؛ فإن عجز عنه لم يكن له أخذه حتىٰ يحل الدَّينُ)[3].

وجاء في «مجلة الأحكام الشرعية» - وهي على المذهب الحنبلي - المادة (1118): أن الدَّين المؤجل لا يحل بموت الضامن أو المضمون عنه.

---

(1) «حاشية ابن عابدين» (5/ 319- 320)، و«الدر المختار» (5/ 319).

(2) «المدونة» (5/ 259- 260) تحت باب: في الحميل أو المحتمل به يموت قبل محل الأجل.

(3) «الأم» (3/ 204).

(لا يحل الدَّين المؤجل بموت الضامن ولا بموت المضمون عنه، لكن إذا ماتا جميعًا فإنه يحل، إلا إذا وثقه الورثة برهن يحرز، أو كفيل مليء، بأقل الأمرين من المال والتركة)[1].

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لأن الدَّين لا يحل علىٰ شخص بموت غيره...

ثم قال: ولنا أنه دَين مؤجل، فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل، كما لو لم يمت[2].

بما يرجع الكفيل:

بعد أن تكلمنا عن رجوع الكفيل علىٰ المكفول عنه، يبقىٰ الكلام علىٰ الذي يرجع به الكفيل:

إذا أدىٰ الكفيل الدَّين أو جزءًا منه رجع بما أدىٰ، وإذا أدىٰ أكثر منه لم يرجع إلا بقدر التزام المكفول عنه فقط، والزيادة تعتبر تبرعًا منه للمكفول له؛ لأنها لم تكن واجبةً علىٰ المكفول عنه.

وإذا أعطىٰ الكفيل المكفول له صنفًا آخر من المال غير الدَّين؛ فإن كانت قيمته أكثر من الدَّين لم يرجع إلا بالدَّين، وإن كانت أقل رجع بالأقل خلافًا للإمام الكاساني، إلا أن يكون المكفول له تبرع له بالزيادة، وإذا صالح المكفول له الكفيل علىٰ جزء من الدَّين رجع الكفيل بالجزء الذي أداه، وطالب الدائن المدين بباقي الدَّين، فإن كان المكفول له تنازل للكفيل عن الباقي أو عن الدَّين كله، ووهبه إياه، أصبح الدَّين للكفيل، يطلبه من المكفول عنه، ويسقط حق المكفول له، ومثل الهبة الصدقة[3].

(1) «فقه البيع» (1387).

(2) «المغني» (6/ 326).

(3) يُنظر: «الفروق» (2/ 46)، و«روضة الطالبين» (4/ 267)، و«المغني» (6/ 333).

جاء في «المدونة الكبرى»: قلت: أرأيت إن تكفلت بألف دينار هاشمية، ورضي صاحب الحق بألف دينار دمشقية، فقضيته ذلك، بم أرجع علىٰ صاحبي الذي لي عليه الأصل؟ (قال): ترجع عليه بألف دينار دمشقية؛ لأنك كذلك أديت[1].

وقال الإمام ابن الهُمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لو كان الدَّين جيادًا فأدىٰ زيوفًا رجع بالزيوف، ولو كان زيوفًا فأدىٰ جيادًا رجع بالزيوف أيضًا.

ثم قال: وإذا وهب الطالب الدَّين للكفيل أو تصدق به عليه فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه[2].

وخالف كلام ابن الهمام هذا الإمام الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث قال: (إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه، حتىٰ لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد، فأعطاه مكسرة أو زيوفًا، وتجوز به المطالبة، يرجع عليه بالصحاح الجياد؛ لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل، فيرجع بالمؤدَّىٰ، وهو الصحاح الجياد)[3].

وجاء ما يوافق كلام الكاساني في «مجمع الضمانات» للبغدادي، حيث قال: قال في «الوجيز»: (لو أدىٰ الكفيل الزُّيُوفَ وقد كفل بالجياد، أو الدنانير مكان الدراهم، أو صالح علىٰ مكيل أو موزون، رجع بما كفل. انتهىٰ)[4].

---

(1) «المدونة» (5/ 269)، ويُنظر: «التاج والإكليل» (5/ 104)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 267).

(2) «شرح فتح القدير» (7/ 190).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 388).

(4) «مجمع الضمانات» (595).

وقال أيضًا: «إذا كفل عن رجل بدارهم صحاح جياد، فأعطاه مكسرة أو زيوفًا تَجوز بها، رجع علىٰ الأصيل بمِثل ما ضمن لا بمِثل ما أدىٰ. وليس هذا كالمأمور بأداء الدَّين»[1].

وقال الإمام الكرابيسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإذا وهب الطالب المال للكفيل فقبِلَه، رجع به الكفيل علىٰ الذي عليه الأصل، وكذلك المحتال عليه، ولو أبرأه لم يرجع به عليه.

والفرق أن الهبة عقد تمليك، بدليل أنه لو صادف عينًا لمِلْكٍ أفاد المِلْكَ، فقد مَلَّكَه ما في ذمته بالهبة، فصار كما لو مَلَكَه بالأداء، ولو مَلَكَه بالأداء لرجع علىٰ صاحب الأصل، كذلك هذا.

وليس كذلك الإبراء؛ لأنه ليس بتمليك، وإنما هو إسقاط للحق، بدليل أنه لو صادف عينًا لا يفيد المِلْك، فصار فسخًا للكفالة وإسقاطًا لها، فكأنها لم تكن، ولو لم تكن لم يرجع عليه بشيء، كذلك هذا)[2].

وقال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فرع في كيفية الرجوع: فإن كان ما دفعه رَبُّ الدَّين من جنس الدَّين وعلىٰ صفته رجع به... وإذا صالح علىٰ غير الجنس... ينظر؛ فإن كانت قيمة المُصالَح عليه أكثر من قدر الدَّين لم يرجع بالزيادة، وإن لم تكن أكثر، كمن صالح عن ألف بعبد يساوي تسعمائة، فوجهان، وقيل قولان: أصحهما يرجع بالتسعمائة، والثاني: يرجع بالألف؛ فإن باعه العبد بألف، ثم تقاص، رجع بالألف بلا خلاف، أما إذا اختلفت الصفة؛ فإن كان

---

(1) المصدر السابق (610).

(2) «الفروق» (2/ 246) للإمام محمد بن الحسن الكرابيسي الحنفي. ويُنظر: «المبسوط» (20/ 93).

المؤدَّىٰ خيرًا، بأن أدىٰ الصحاح عن المكسرة، لم يرجع بالصحاح، وإن كان بالعكس، ففيه الخلاف المذكور في خلاف الجنس)(1).

وقال الإمام الخرقي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويرجع الضامن علىٰ المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضىٰ أو قدر الدَّين(2).

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لأنه إن كان الأقل الدَّين، فالزائد لم يكن واجبًا، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل، فإنما يرجع بما غرم، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء، وإن دفع عن الدَّين عرضًا رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدَّين(3).

هل تبرأ ذمة الميت من الدَّين المضمون عنه بنفس الضمان أم لا؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا ينتقل الحق عن ذمة الميت إلا بأداء كالحي، لا بمجرد الضمان، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في رواية.

استدل جمهور أهل العلم، على ذلك بما يلي:

1- قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حديث جابر في قصة تحمل أبي قتادة الدَّين عن الميت، وفيه أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قابل أبا قتادة وقال له: «**ما فعل الديناران؟**»، فقال: يا رسول الله إنما دفناه أمس، ثم أتاه بعد ذلك، فقال له: «**ما**

(1) «روضة الطالبين» (4/ 267).

(2) «المغني» (6/ 333).

(3) «المغني» (6/ 333)، و«الكافي» (2/ 232)، و«كشاف القناع» (3/ 375).

فعل الديناران؟»، قال قضيتهما يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: «الآن بردت عليه جلده»[1].

قال الإمام الطحاوي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ففي هذا الحديث دليل علىٰ أن الكفالة به لم تبرئ الذي هو عليه منه بوجوبه علىٰ الكفيل؛ لأن النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخبر في هذا الحديث: أن جلد الميت إنما يبرد بأداء كفيله الدَّين الذي كفل به عنه، لا بكفالة ربه عنه)[2].

وقد عنون لهذا الحديث المجد ابن تيمية في المنتقىٰ بقوله: (باب أن المضمون عنه إنما يبرأ بأداء الضامن، لا بمجرد ضمانه).

قال الإمام الشوكاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ في شرحه لهذا الحديث: (فيه دليلٌ علىٰ أن خلوص الميت من ورطة الدَّين، وبراءة ذمته علىٰ الحقيقة، ورفع العذاب عنه، إنما يكون بالقضاء عنه، لا بمجرد التحمل بالدَّين بلفظ الضمانة)[3].

---

(1) حَدِيثٌ حَسَنٌ: رواه الإمام أحمد في «المسند» (3/ 330)، والطيالسي (1673)، والطحاوي في «المشكل» (10/ 334)، والحاكم في «المستدرك» (2346)، والدارقطني (3/ 79) في البيوع، والبيهقي في «الكبرىٰ» (6/ 74)، وفي «إثبات عذاب القبر» (118) من طرق عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر به، وعبد الله بن محمد بن عقيل حسن الحديث وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وحسنه المنذري (3/ 39)، وقال الهيثمي في «المجمع» (3/ 39): رواه أحمد والبزار وإسناده حسن.

(2) «شرح مشكل الآثار» (10/ 335) ط. الرسالة.

(3) «نيل الأوطار» (5/ 359) تحت حديث (1371).

2- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نفس المؤمن معلقة بدَينه حتىٰ يقضىٰ عنه»[1].

---

(1) حديث صحيح: رواه الإمام أحمد في «المسند» (2/ 508)، والترمذي (1078)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (4/ 61/ 6/ 76) من طرق عن زكريا بن زائدة، ورواه أبو يعلىٰ (5872)، والحاكم (2219- 2220) عن صالح بن كيسان وإبراهيم بن سعد جماعتهم عن سعد بن إبراهيم عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعًا به، وهذا إسناد صحيح علىٰ شرط الشيخين إن كان سعد بن إبراهيم سمعه من أبي سلمة إلا أنه اختلف علىٰ سعد بن إبراهيم فرواه الترمذي (1079)، وابن ماجه (2413)، والشافعي في «الأم» (1/ 247)، وفي «مسنده» (1/ 361)، وأبو يعلىٰ (6026)، والبغوي في «شرح السنة» (2140)، وحسنه عن إبراهيم بن سعد عن أبيه عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعًا به.
قال الترمذي هذا حديث حسن، وهو أصح من الأول وتابع إبراهيم بن سعد علىٰ زيادة عمر بن أبي سلمة. سفيان الثوري وشعبة بن الحجاج فرواه الإمام أحمد في «المسند» (2/ 440/ 475)، والدارمي (2646)، والبيهقي في «الكبرىٰ»، (4/ 61/ 6/ 76) عن وكيع بن الجراح ومحمد بن يوسف وأبو نعيم الفضل ابن دكين وأبو داود الحفري جماعتهم عن سفيان الثوري عن سعد بن إبراهيم به.
ورجح الإمام الدارقطني في «العلل» (1780) هذا الطريق فقال: والصحيح قول الثوري ومن تابعه. اهـ.
وخالف الجماعة عن سفيان عبد الرحمن بن مهدي عند أحمد (2/ 475) فرواه عن سفيان عن سعد ابن إبراهيم عن عمر بن أبي سلمة عن أبي هريرة بإسقاط أبي سلمة بن عبد الرحمن. ورواية الجماعة عن سفيان أصح- والله تعالىٰ أعلم.
ورواه أبو الحسين محمد بن المظفر في حديث شعبة (125) (عنه) بإسناد صحيح عن شعبة بنفس رواية سفيان (6/ 216)، ورواه الطبراني في «الصغير» (2/ 133) عن يوسف بن يزيد القراطيسي المصري عن العباس بن طالب عن عبد الوارث بن سعيد عن أيوب السختياني عن سعد بن إبراهيم بنفس طريق سفيان. ثم قال الطبراني: لم يروه عن أيوب إلا عبد الوارث تفرد به العباس قلت: العباس قال فيه أبو زرعة: ليس بذاك. «الجرح والتعديل»، ورواه ابن حبان في «صحيحه» (3061) من طريق آخر عن أبي سلمة فرواه عن شيخه عبد الله بن محمد الأزدي عن إسحاق بن إبراهيم عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة به.
قلت: وهذا إسناد صحيح علىٰ شرط الشيخين غير شيخ بن حبان فهو ثقة- والله أعلم.

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بعد ما استدل بهذين الحديثين، قال: (ولأنها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن المضمون عنه، فلأنه بالضمان صار له وفاء، وإنما كان النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يمتنع من الصلاة علىٰ مَدِينٍ لم يخلف وفاء.

وأما قوله لعلي: «**فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك**»؛ فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما ضمنه فكه من ذلك أو مما في معناه.

وقوله: «**برئ الميت منهما**» أي صرت أنت المطالب بهما، وهذا علىٰ سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الأداء عليه، بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء: «**الآن بردت عليه جلدته**»، ويفارق الضمان الحوالة؛ فإن الضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين من تعلق الحق بهما، وثبوته فيهما، والحوالة من التحول، فتقتضي تحول الحق من محله إلىٰ ذمة المحال عليه)[1].

أما قوله عليه الصلاة والسلام: «**نفس المؤمن معلقة بدَينه حتىٰ يقضىٰ عنه**»؛ فإن قيل: ما الحكمة في حبس روحه، إذ لم يخلف وفاء مع أنه في حكم المعسر، والمعسر لا يحبس في الدنيا، ولا يُلازَم لأنا نقول أمر الآخرة يغاير أمر الدنيا؛ فإن حَبْس المعسر في الدنيا لا فائدة فيه؛ لأنه لا يتوقع منه وفاء مادام محبوسًا، ويظن منه الوفاء إذ لم يحبس؛ لأنه قد يكتسب ما يستعين به علىٰ وفاء الدين، وأما الآخرة فالحبس فيها مجازاة له علىٰ بقاء الحق في ذمته حفظًا لحق

(1) «المغني» (6/ 328).

صاحب الدَّين، ويستوفي منه بأَخْذِ الحسنات ورَدِّ السيئات، فأشبه مَن له مالٌ في الدنيا فيُنتظر بحبسه حضورُ مالِهِ، وعليه فهو معقول المعنىٰ[1].

وقيل: إنما يحبس المديان عن الجنة بعدم الوفاء إذا مات قادرًا علىٰ وفائه، وأما لو مات عاجزًا عن وفائه؛ فإن تداين لسرفٍ أو غيره مما لا يجوز فإنه يحبس عن الجنة لعدم وجوب قضائه علىٰ السلطان[2].

القول الثاني: أنه ينتقل الحق عنه بمجرد الضمان، وهو القول الثاني للإمام أحمد[3]. لحديث أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: كنا مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في جنازة فلما وضعت قال: «**هل علىٰ صاحبكم مِن دَين؟**»، قالوا: نعم درهمان، فقال: «**صلوا علىٰ صاحبكم**»، فقال عليٌّ: هما عليَّ يا رسول الله، وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فصلىٰ عليه، ثم أقبل علىٰ عليٍّ فقال: «**جزاك الله خيرًا عن الإسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك**» فقيل: يا رسول الله هذا لعليٍّ خاصة أم للناس عامة؟ فقال: «**للناس عامة**»[4].

قالوا: فدل علىٰ أن المضمون عنه بريئ بالضمان[5].

وبما رواه الإمام أحمد في «المسند» عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: توفي صاحب لنا فأتينا النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليصلي عليه، فخطا خطوة ثم قال: «**أعليه**

---

(1) «نهاية المحتاج» (15/ 96).

(2) «الفواكه الدواني علىٰ رسالة بن أبي زيد القيرواني» (2/ 242).

(3) «الإفصاح» (2/ 204)، و«المغني» (6/ 327)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (2/ 248)، و«أسنىٰ المطالب» (10/ 115)، و«المحلىٰ» (8/ 254).

(4) *ضعيف جدًا*: كما سبق.

(5) «المغني» (6/ 327).

دَين؟»، قلنا ديناران، فانصرف فتحملهما أبو قتادة فقال: الديناران عليّ. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما؟**»، قال: نعم، فصلىٰ عليه، ثم قال بعد ذلك: «**ما فعل الديناران؟**»، قال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد فقال: «**ما فعل الديناران؟**»، قال: يا رسول الله قد قضيتهما، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الآن بردت عليه جلده**»[1].

وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله: «**وبرئ الميت منهما**»، ولأنه دَين واحد؛ فإذا صار في ذمة ثانية، برئت الأُولىٰ منه كالمحال به؛ وذلك لأن الدَّين الواحد لا يحل في محلين[2].

والحكمة في امتناعه عليه الصلاة والسلام من الصلاة عليه شغل ذمته ببقاء الحق، فلو لم يحمل تحمل أبي قتادة عنه البراءة لم تظهر الحكمة في امتناعه من الصلاة عليه؛ لأن الحق باق في ذمته قبل التحمل... وفي الحديث تصريح ببراءة ذمة الميت[3].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: (أما الحي فلا يبرأ بالضمان رواية واحدة، وأما الميت ففي براءته بمجرد الضمان روايتان.

إحداهما: يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسىٰ كما ذكرنا من الخبرين؛ ولأن فائدة الضمان في حقه تبرئه ذمته، فينبغي أن تحصل هذه الفائدة، بخلاف الحي؛ فإن المقصود في حقه الاستيثاق بالحق، وثبوته في الذمتين آكد في الاستيثاق بالحق)[4].

---

(1) حَدِيثٌ حَسَنٌ: سبق تخريجه.

(2) «المغني» (6/ 328).

(3) «نهاية المحتاج» (15/ 96).

(4) «المغني» (6/ 328).

وقال الإمام الخطابي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فيه (أي في حديث أبي قتادة): (إن ضمان الدَّين عن الميت يبرئه إذا كان معلومًا سواء خلف الميت وفاءً أو لم يخلف، وذلك أنه إنما امتنع من الصلاة؛ لارتهان ذمته بالدين، فلو لم يبرأ بضمان أبي قتادة لما صلىٰ عليه، والعلة المانعة قائمة)[1].

انقضاء الكفالة: أو متى تنقضي الكفالة أو بما تنقضي الكفالة؟

من خلال دراستنا لعقد الكفالة وآثار العقد الصحيح يتبين لنا أن الكفالة تنقضي بانقضاء التزام الأصيل أو الكفيل، وينقضي هذا الالتزام بأحد أمور:

أولاً: الأداء، أو ما هو في معنى الأداء:

قد يكون المكفول به دَينًا، أو عينًا، والمقصود من الكفالة بالمال، هو ضمان تسليم المال أو العين أو مثلها أو قيمتها عند الهلاك للمضمون له حين الطلب أو انتهاء أجل الدَّين.

ومن المتفق عليه عند الأئمة الأربعة وعامة الفقهاء أن تسليم وأداء المال سواء كان المال دَينًا أو عينًا أمرٌ يقتضي انتهاء الكفالة بالمال، وبراءة ذمة الضامن من المطالبة، وبراءة ذمة الأصيل من أصل الدَّين، سواء أكان هذا التسليم من جهة الأصيل أم من جهة الكفيل فالنتيجة واحدة لأن الدَّين واحد؛ فإذا استوفىٰ مرة زال تعلقه بالجميع[2].

(1) «معالم السنن» (3/ 64)، ويُنظر: «عمدة القاري» (12/ 113).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 378)، و«المجموع» (13/ 194)، و«المغني» (6/ 329)، و«فقه البيع» (1397).

وفي معنى الأداء الهبة والصدقة:

أما الهبة لغة: العطاء بلا عِوض[1].

وشرعًا: هي تمليك العَين بلا عوض[2].

فإذا وهب الدائن الدَّين للمدين، فبالهبة يملك الأصيل ما في ذمته، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وأما إذا وهب الدائن الدَّين للكفيل فيعتبر بريئًا من المطالبة، ولا يبرأ الأصيل بذلك، ويملك الكفيل ما في ذمة الأصيل من الدَّين، ويحق له الرجوع علىٰ الأصيل بعد البراءة؛ لأن الهبة في معنىٰ الأداء[3].

قال الإمام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (لو أدىٰ الضامن من الدَّين، ثم وهبه رَبُّ الدَّين له، ففي رجوعه علىٰ الأصيل وجهان، بناء علىٰ القولين فيما لو وهبت الصداق للزوج ثم طلقها قبل الدخول، قلت: الأصح الرجوع، والله أعلم)[4].

وأضاف الحنفية ما لو تصدق الدائن علىٰ الكفيل أو الأصيل، فهو في حكم الهبة؛ لأن الهبة والصدقة كلاهما تمليك[5].

ثانيًا: المقاصّة:

المقاصة طريق آخر لبراءة الكفيل بالمال، سواء أكانت بين الأصيل والدائن، أو بين الدائن والكفيل في أموالهما.

---

(1) «المعجم الوسيط» (2/ 1559).

(2) «حاشية ابن عابدين» (8/ 420)، «تبيين الحقائق» (5/ 91)، و«البحر الرائق» (7/ 284).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 378).

(4) «روضة الطالبين» (4/ 269).

(5) «بدائع الصانع» (7/ 378)، و«درر الحكام» (1/ 845).

والمقاصة لغة: من المقاصصة، فكل واحد يقاصص صاحبه (غريمه) أي: يستوفي حقه منه[1]. وقاصه مقاصة: كان له دَين مثل ما علىٰ صاحبه، فجعل الدَّين في مقابلة الدَّين، وتقاص القومُ: قاصَّ كلُّ واحد منهم صاحبه في حساب أو غيره[2].

وفي اصطلاح الفقهاء: لم يتعد الفقهاء المعنىٰ اللغوي في تعريف المقاصة، فقد عرفها الحنفية بقولهم: هي إسقاط دَين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دَين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه[3].

وعرفها المالكية بقولهم: هي إسقاط ما لك من دَين علىٰ غريمك في نظير ما له عليك بشروطه[4].

وعرفها ابن عرفة أيضًا: بأنها متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له علىٰ طالبه[5].

وقيل هي: اقتطاع دَين من دَين[6].

وللمقاصة نوعان:

الأول: جبرية، وتحصل بنفس العقد، وذلك عند اتحاد الدَّينينِ جنسًا ووصفًا وحلولًا وقوةً وضعفًا.

---

(1) «بلغة السالك» (3/ 186)، و«المبسوط» للسرخسي (20/ 130).

(2) «المعجم الوسيط» (2/ 739).

(3) «مرشد الحيران» (224).

(4) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (3/ 277).

(5) «منح الجليل شرح مختصر خليل» (5/ 410)، و«مواهب الجليل» (4/ 549).

(6) «القوانين الفقهية» (192).

الثانية: اختيارية، وتحصل بتراضي المتداينينِ، ولا يشترط فيهما ما يشترط بالجبرية.

فإذا ثبت أن للأصيل أو للكفيل دَينًا مماثلًا لدَين الطالب علىٰ الأصيل سقط الدينانِ قصاصًا، وبرئ الكفيل من الكفالة؛ فإن كان الدين للكفيل رجع به علىٰ الأصيل كما لو أدّاه عنه[1].

ثالثًا: الإبراء: أو ما هو في معنى الإبراء:

الإبراء: هو إسقاط الشخص حقا له في ذمة آخَرَ أَوْ قِبَلَهُ.

فإذا أبرأ المكفول له الكفيل من كفالته انقضت الكفالة وإن لم يبرأ الأصيل؛ لأن الإبراء هنا إبراء عن المطالبة - لا عن الدَّين - وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدَّين عن الأصيل، علىٰ حين إذا أبرأ الأصيل سقط حق المطالبة عن الكفيل[2].

رابعًا: الصُّلْح:

الصلح لغة: قطع المنازعة وشرعًا: معاقدة يتوصل بها إلىٰ إصلاح بين متخاصمين[3].

وقد تبرأ ذمة الكفيل بالصلح، سواء كان الصلح بأداء بعض الحق وإسقاط بعضه الآخر، أو بمعاوضة.

قال الإمام الكاساني الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة، بأن يصالح الكفيل الطالب علىٰ بعض المُدعي؛

(1) يُنظر: «مرشد الحيران» (225، 226)، و«حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير» (3/ 279).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 378)، و«المغني» (6/ 326- 352).

(3) «الروض المربع» (2/ 196).

لأن الصلح على جنس المُدعي إسقاط بعض الحق[1]، فكان فيه معنى الإبراء، وعلى خلاف الجنس معاوضة[2]، فكان في معنى الإبراء، وكل ذلك يخرج عن الكفالة، غير أن في حالين يبرأ الكفيلُ والأصيلُ جميعًا، وفي حالٍ يبرأ الكفيل دون الأصيل.

أما الحالتان اللتان برئ فيهما الكفيل والأصيل جميعًا:

إحداهما: أن يقول الكفيل للطالب: صالحتك من الألف على خمسمائة، على أني والمكفول منه بريئان من الخمسمائة الباقية، ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار، إن شاء أخذها من الكفيل، ثم الكفيل يرجع بها على الأصيل، وإن شاء أخذها من الأصيل.

والثانية: أن يقول: صالحتك على خمسمائة مطلقًا عن شرط البراءة أصلًا.

أما الحالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الأصيل فهي: أن يقول الكفيل للطالب: صالحتك على أني بريء من الخمسمائة، وقد بينَّا الفرق من قبل.

والطالب بالخيار، إن شاء أخذ جميع دَينه من الأصيل، وإن شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الأصيل خمسمائة، ثم يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى، إن كان الصلح بأمره)[3].

---

(1) هو الذي يجري على بعض العين المدعاة، كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها.

(2) هو الذي يجري على غير العين المدعاة، كأن ادعى عليه دارا، فأقر له بها ثم صالحه منها على ثوب أو دار أخرى. يُنظر: «روضة الطالبين» (4/ 193).

(3) «بدائع الصنائع» (7/ 380)، ويُنظر: «روضة الطالبين» (4/ 193).

خامسًا: الحوالة:

الحوالة هي: نقل الدَّين والمطالبة من ذِمة المُحيل إلىٰ ذمة المُحَال عليه[1].

فإن أحال الأصيل أو الكفيل الطالبَ علىٰ آخرَ لاستيفاء حقه منه برئا جميعًا عند جمهور الفقهاء[2].

قال الكاساني الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولو أحال الكفيلُ الطالبَ بمال الكفالة علىٰ رجل وقَبِلَه الطالبُ، فالمحيل يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة.

وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة علىٰ رجل وقَبِله؛ لأن الحوالة مُبرئة عن الدَّين والمطالبة جميعًا عند عامة مشايخنا)[3].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإن أحال أحدهما الغريم برئا جميعًا؛ لأن الحوالة كالقضاء)[4].

سادسًا: الموت: وهو خاص بكفالة النفس:

اختلف العلماء في المكفول به إذا مات هل تسقط الكفالة عن الكفيل أم يجب عليه أن يغرم ما علي المكفول به، وقد ذكر هذا الخلاف وبينه ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (إذا مات المكفول به سقطت الكفالة، ولم يلزم الكفيل شيءٌ، وبهذا قال شُريح، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة، والشافعي.

---

(1) «مرشد الحيران» (589)، و«تبيين الحقائق» (4/ 171) «العناية شرح الهداية» (10/ 177)، و«حاشية ابن عابدين» (5/ 340)، و«مغني المحتاج» (3/ 153)، و«الكافي» (2/ 218).

(2) «بدائع الصانع» (7/ 379- 380)، «روضة الطالبين» (4/ 268)، «المغني» (6/ 329).

(3) «بدائع الصانع» (7/ 379- 380).

(4) «المغني» (6/ 329).

وقال الحكم ومالك والليث: يجب علىٰ الكفيل غُرم ما عليه، وحُكي ذلك عن ابن شريح؛ لأن الكفيل وثيقة بحق؛ فإذا تعذرت من جهة ما عليه الدَّين استَوْفَىٰ من الوثيقة كالرهن، ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب.

ثم قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

ولنا: أن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل، كما لو برئ من الدَّين، ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل، فبرئ الفرع، كالضامن إذا قضىٰ المضمون عنه الدَّين، أو أبرئ منه، وفارق ما إذا غاب؛ فإن الحضور لم يُسقِط عنه، ويفارق الرهن فإنه عُلِّق به المالُ فاستُوفِيَ منه)[1].

وقال صاحب «الهداية» رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وإذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس).

وشرح هذا التعريف صاحب العناية بقوله: (بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به، وموتهما أو موت أحدهما مسقط لها.

أما إذا مات المكفول به؛ فلأن الكفيل عجز عن إحضاره، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل، فيسقط الإحضار عن الكفيل.

وأما إذا مات الكفيل؛ فلأنه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة.

فإن قيل: فليؤدِّ الدَّين من ماله؟ أجاب بأن ماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب، وهو إحضار المكفول به، وتسليمه إلىٰ المكفول له، لا أصالة وهو ظاهر؛ لأنه لم يلتزم المال، ولا نيابة لأنه لا ينوب عن النفس، بخلاف الكفيل

(1) «المغني» (6/ 351)، ويُنظر: «روضة الطالبين» (4/ 258).

بالمال؛ فإن الكفالة لا تبطل بموته؛ لأن ماله يصلح نائبًا، إذ المقصود إيفاء حق المكفول له بالمال، ومال الكفيل صالح لذلك، فيؤخذ من تركته، ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه، إذا كانت الكفالة بأمره كما في حالة الحياة.

وإذا مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل إن كان له وصي، وإن لم يكن فلوارثه أن يفعل ذلك؛ لقيام كُلٍّ منهما مقام الميت)[1]. اهـ.

(1) «العناية شرح الهداية» (6/ 289)، و«الهداية شرح البداية» (3/ 88).

الكفالة بجعل:

من المعلوم في الفقه الإسلامي أن الكفالة عقد تبرع، فلا يجوز تقاضي الأجرة عليها كالقرض وعليه؛ فإن جمهور أهل العلم علىٰ عدم الجواز لأخذ العوض علىٰ الضمان[1].

قال ابن المنذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم علىٰ أن الحمالة (الكفالة) بجُعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز، واختلفوا في ثبوت الضمان علىٰ الشرط؛ فكان الثوري يقول: إذا قال الرجل للرجل: اكفل عني ولك ألف درهم؛ فإن الكفالة جائزة، وترد إليه الألف درهم...، وقال أحمد في مسألة الكفالة: ما أرىٰ هذا يأخذ شيئًا بحق، وقال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن»[2]، ومراد إسحاق ما أعطىٰ عن طيب نفس دون شرط.

قال في «فتح القدير»: «وفي الخلاصة: كفل بمال علىٰ أن يجعل له الطالب جُعلًا؛ فإن لم يكن مشروطًا في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطًا فيها فالكفالة باطلة»[3].

قال في «البزازية» موضحًا السبب في منع الأجرة على الكفالة: «كفل بمال علىٰ أن يجعل له الطالب جُعلًا؛ فإن لم يكن مشروطًا في الكفالة فالشرط باطل، أي الجعل باطل والكفالة جائزة؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب؛ فإذا شرط الجعل مع ضمان المثل فيها شرط الزيادة علىٰ ما أقرضه وأنه ربًا، وإن

(1) يُنظر: «مجمع الضمانات» (604-610)، و«الشرح الكبير» للدردير مع «حاشية الدسوقي» (3/ 404)، و«الشرح الصغير» (3/ 242)، و«مغني المحتاج» (3/ 175)، و«الفروع» لابن مفلح (4/ 207)، و«كشاف القناع» (3/ 262)، و«الفتاوىٰ» لابن تيمية (30/ 215، 216).

(2) «الإشراف» (1/ 83) بتحقيق محمد نجيب سراج الدين، رسالة في الأزهر.

(3) «فتح القدير» (7/ 186).

شرطها فيها بطلت الكفالة، وكان ينبغي أن تصح الكفالة لعدم بطلانها بالشرط، ألا ترىٰ أن الكفالة إلىٰ هبوب الريح تصح ويبطل الشرط».

قلنا: إنما لا تصح؛ لأنه علقها بشرط للكفيل فيه منفعة؛ لأنه مما ينتفع بالجُعل، فلابد من مراعاة الشرط لثبوت الكفالة، ولما لم يثبت الشرط لم يستحق الجُعل، فلا تثبت الكفالة وكان بطلانها من هذا الوجه، لا من حيث إنه شرط فاسد، بخلاف الهبوب؛ لأنه شرط لا ينتفع به الكفيل، وإذا خلا عن النفع لم تجب مراعاته، كما لو شرط في البيع ما لا ينتفع به أحدهما، وإذا لم يثبت كانت الكفالة مرسلة[1].

قال في «الشرح الصغير»: (وبطل الضمان إذا فسد متحمل به... أو فسدت الحمالة نفسها شرعًا... كجعل للضامن من رَبّ الدين، أو من المدين أو من أجنبي، وعلة المنع أن الغريم إن أدىٰ الدَّين لربه كان الجُعل باطلًا، فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أداه الحميل لربه ثم رجع به علىٰ الغريم، كان من السلف بزيادة، فتفسد الحمالة ويرد الجُعل لرَبِّه، ثم إن كان الجُعل مِن رَبِّ الدَّين للحميل، سقطت الحمالة، والبيع صحيح؛ لأن المشتري لا غرض له فيما فعل البائع مع الحميل، كما لو كان الجعل من المدين أو من أجنبي مع علم رَبِّ الدَّين؛ فإن لم يعلم فالحمالة لازمة، ورد الجعل، وإن كان الجعل من رب الدين أو من أجنبي للمدين علىٰ أن يأتيه بضامن فإنه جائز، فعلم أن محل البطلان إذا كان الجعل من أجنبي للضامن إذا علم رب الدين، وإلا رد ولزمت الحمالة)[2].

---

(1) «الفتاوىٰ البزازية» مطبوع بهامش الهندية (6/ 18).

(2) «الشرح الصغير» (4/ 581- 583) تأليف الشيخ: أبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفىٰ: 1241هـ) طبعة دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- الطبعة الأولي. ويُنظر: «حاشية الدسوقي» (3/ 298، 299).

ولقد بالغ المالكية في إبطال أخذ الجعل علىٰ الكفالة، فذكروا أن الرجلين إذا اتفقا علىٰ أن يضمن كل منهما دَين الآخر ودخلا علىٰ هذا الشرط لم يصح؛ إذ يعتبر ذلك كالجعل، واستثنوا من ذلك بعض الحالات[1].

ومن خلال هذه النقول يتضح لنا أن أخذ الأجرة علىٰ الكفالة لا يجوز؛ إذ هي دائرة بين التبرع والإحسان، أو بين القرض في حالة الوفاء من الكفيل، وكلا الأمرين لا يصح أخذ الأجرة عليه.

وقد اعتبر بعض العلماء أخذ الأجرة علىٰ الكفالة رشوة.

قال الإمام السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (ولو كفل رجل عن رجل بمال علىٰ أن يجعل له جعلًا فالجعل باطل، هكذا رُوي عن إبراهيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ وهذا لأنه رشوة والرشوة حرام؛ فإن الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال، فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته، ولكن الضمان جائز إذا لم يشترط الجعل فيه، وإن كان الجعل مشروطًا فيه فالضمان باطل أيضًا؛ لأن الكفيل ملتزم، والالتزام لا يكون إلا برضاه.

(ألا ترىٰ) أنه لو كان مكرهًا علىٰ الكفالة لم يلزمه شيء؛ فإذا شرط الجعل في الكفالة فهو ما رضي بالالتزام إذا لم يسلم له الجعل، وإذا لم يشترطه في الكفالة فهو راضٍ بالالتزام مطلقًا فيلزمه)[2].

(1) ويُنظر: «حاشية الدسوقي» (3/ 299)، و«الشرح الصغير» (4/ 583).

(2) «المبسوط» للسرخسي (20/ 32).

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

كتاب الشركة

تعريف الشركة:

الشركة في اللغة: هي الخلطة، أي خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، وذلك إما بالخلط من الجانبين، أو بالاختلاط من غير خلط، كما إذا ورثا مال، أو وهب لهما مالٌ، أو اختلط مال أحدهما بمال الآخر من غير صنع، بحيث لا يتميزان[1].

والشركة في الاصطلاح: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الشركة.

فعرفها الحنفية بقولهم: هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح[2].

---

(1) «شرح فتح القدير» (6/ 152)، و«البحر الرائق» (5/ 179)، و«مجمع الأنهر» (2/ 542)، وابن عابدين (4/ 299)، و«الشرح الكبير» (5/ 3)، و«مغني المحتاج» (3/ 183).

(2) «الجوهرة النيرة» (3/ 420)، و«مجمع الأنهر» (2/ 542).

وقيل: هي اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد(1).

وقيل: هي الخلطة وثبوت الحصة(2).

وقال المالكية: الشركة هي إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله له ولصاحبه مع تصرفهما لأنفسهما أي مع بقاء تصرف أنفسهما.

وإنما يحتاج كل واحد منهما لإذن صاحبه -وإن كان تصرف الإنسان في مال نفسه لا يحتاج إلىٰ إذن،- لأن كل واحد باع بعض ماله ببعض مال الآخر علىٰ وجه الشيوع فيحتاج في تصرفه في ماله للإذن لذلك(3).

وقيل: هي عقد مالكَي مالين فأكثر علىٰ التجر في المالين معًا؛ أي كل منهما يتاجر في المالين مع صاحبه ولو كان كل واحد في مكان منعزل عن الآخر؛ لأن ما يحصل من ربح أو خسر يكون بينهما، وخرج بذلك الوكالة والقراض من الجانبين؛ إذ كل واحد منهما يتصرف فيما بيده للآخر استقلالًا، والشركة وقع فيها العقد علىٰ أن كل واحد يتصرف فيما بيده له ولصاحبه معًا، وهذا النوع الأول من الشركة، وهو شركة التجر(4).

وقال الشافعية: الشركة: هي ثبوت الحق ولو قهرا في شيء لاثنين فأكثر علىٰ جهة الشيوع. لا علىٰ جهة التعيين، كأن يملك اثنان فأكثر أرضًا، دون أن تعَّين منها حصة كل واحد منهم(5).

(1) «اللباب» (1/ 523).
(2) «الاختيار» (3/ 13).
(3) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 3)، و«شرح الخرشي» (6/ 38).
(4) «حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (7/ 476).
(5) «روضة الطالبين» (3/ 473)، و«مغني المحتاج» (3/ 183)، و«النجم الوهاج» (5/ 7)، و«الديباج» (2/ 295).

وقال الحنابلة: الشركة: هي عبارة عن الاجتماع في استحقاق أو تصرف فالأول شركة ملك أو استحقاق، والثاني شركة عقود وهي المراد هنا[1].

مشروعية الشركة:

ثبتت مشروعية الشركة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [ص: 24]. والخُلَطَاء: هم الشركاء.

وقوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: 12].

وقوله تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ﴾ [الكهف: 79] وبالضرورة كانوا مشتركين إما في عينها ملكًا، أو في منفعتها إجارة أو إعارة.

وَأَمَّا السُّنَّةُ: فَقَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**يَقُولُ اللهُ تَعَالَىٰ: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ، مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ؛ فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا**»[2]. أي: تنزع البركة من مالهما.

وَقَالَ زَيْدٌ: «**كُنْتُ أَنَا وَالبَرَاءُ شَرِيكَيْنِ، فَاشْتَرَيْنَا فِضَّةً بِنَقْدٍ، وَنَسِيئَةٍ...**»[3].

وعَنِ السَّائِبِ بن أبي السَّائِبِ «أَنَّهُ كان يُشَارِكُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قبل الإِسْلَامِ في التِّجَارَةِ فلما كان يَوْمُ الْفَتْحِ جَاءَهُ فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَرْحَبًا**

(1) «المغني» (5/ 3)، و«شرح الزركشي» (2/ 143)، و«الإنصاف» (5/ 407)، و«كشاف القناع» (3/ 580).

(2) حديث ضعيف: أخرجه أبو داود (3383)، والحاكم (2/ 60)، والبيهقي (6/ 78)، والدارقطني (3/ 35)، والخطيب (4/ 316).

(3) حديث صحيح: رواه البخاري (2061)، وأحمد (19307)، واللفظ له.

بأخي وشريكي كان لاَ يداري وَلاَ يماري يا سَائِبُ قد كُنْتَ تَعْمَلُ أَعْمَالًا في الْجَاهِلِيَّةِ لاَ تُقْبَلُ مِنْكَ وهي الْيَوْمَ تُقْبَلُ مِنْكَ وكان ذَا سَلَفٍ وَصِلَةٍ»[1].

وفي لفظ أبي داود: قَالَ: «أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَجَعَلُوا يُثْنُونَ عَلَيَّ وَيَذْكُرُونِي، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنَا أَعْلَمُكُمْ». يَعْنِي بِهِ. قُلْتُ: صَدَقْتَ بِأَبِي أَنْتَ وَأُمِّي كُنْتَ شَرِيكِي فَنِعْمَ الشَّرِيكُ كُنْتَ لاَ تُدَارِي وَلاَ تُمَارِي»[2].

وأما الإجماع: فقد نقل عدد من أهل العلم الإجماع علىٰ جواز الشركة في الجملة؛ وإن كانوا قد اختلفوا في بعض أنواعها علىٰ ما سيأتي مفصلًا إن شاء الله تعالىٰ.

قال الإمام ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: أجمع المسلمون علىٰ جواز الشركة في الجملة[3].

وقال الزركشي رَحِمَهُ اللَّهُ: وهي جائزة بالإجماع[4].

وقال الوزير ابن هبيرة رَحِمَهُ اللَّهُ: واتفقوا علىٰ أن الشركة جائزة من كل مطلق التصرف[5].

وقال العمراني رَحِمَهُ اللَّهُ: وأما الإجماع -علىٰ جواز الشركة-؛ فإن أحدًا من العلماء لم يخالف في جوازها[6].

---

(1) أخرجه الإمام أحمد (15544)، والحاكم في «المستدرك» (2/ 69)، والبيهقي (6/ 78).

(2) حَدِيثٌ صَحِيحٌ: رواه أبو داود (4838).

(3) «المغني» (5/ 3).

(4) «شرح الزركشي» (2/ 143).

(5) «الإفصاح» (1/ 444).

(6) «البيان» (6/ 361).

وقال الموصلي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وبعث رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ والناس يتعاملونها فلم ينكر عليهم، وتعملوا بها إلىٰ يومنا هذا من غير نكير فكان إجماعًا[1].

أقسام الشركة:

الشركة في الأصل قسمان: شركة أملاك وشركة عقود.

القسم الأول: شركة الأملاك: فشركة الأملاك هي الاجتماع في استحقاق أو ملك وهي أنواع منها ما هو الجبري ومنها الاختياري:

الأولى: شركة المنافع والأعيان: فهو: أن يكون بين الرجلين، أو بين الجماعة أرض أو عبيد أو بهائم ملكوها بالإرث، أو بالبيع، أو بالهبة مشاعًا. وكذا إذا اختلط مال كل واحد منهما بمال صاحبه خلطًا لا يتميز.

والثانية: شركة الأعيان دون المنافع: مثل: أن يوصي رجل لرجل بمنفعة عبده، أو داره، فيموت، ويخلف جماعة ورثة.. فإن رقبة العبد والدار تكون موروثة للورثة دون المنفعة.

والثالثة: الشركة في المنافع دون الأعيان: مثل: أن يوصي بمنفعة عبده لجماعة، أو يستأجر جماعة عبدًا.

وكذا الوقف علىٰ جماعة علىٰ القول إن الملك ينتقل إليهم -كما سيأتي بيانه في الوقف-؛ فإن الشركة بينهم في المنافع والأعيان.

والرابعة الشركة في المنافع المباحة: مثل: أن يموت رجل وله ورثة جماعة، ويخلف كلب صيد، أو كلب، ماشية أو زرع.. ؛ فإن المنفعة مشتركة بينهم.

(1) «الاختيار» (3/ 13).

والخامسة: الشركة في حقوق الأبدان: فهو: أن يرث جماعة قصاصًا، أو حد قذف. كأن قذف جماعة يُتصور الزنا منهم عادة بكلمة واحدة؛ فإذا طلبوا كلهم وجب لهم حد واحد.

والسادسة: الشركة في حقوق الأموال: فهو: أن يرث جماعة الشفعة، أو الرد بالعيب، أو خيار الشرط، أو حقوق الرهن، ومرافق الطرق[1].

وقال الحنفية: شركة الأملاك هذه نوعان:

نوع يثبت بفعل الشريكين، ونوع يثبت بغير فعلهما.

أما الذي يثبت بفعلهما: فنحو أن يشتريا شيئًا أو يوهب لهما أو يوصىٰ لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا، فيصير المشتري والموهوب والموصىٰ به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملكٍ.

وحكم هذا النوع أنه يجوز لأحدهما بيع نصيبه من غير إذن شريكه؛ لأن ملك كل واحد منهما قائم في نصيبه من كل وجهٍ.

وأما الذي يثبت بغير فعلهما: فالميراث بأن ورثا شيئًا، فيكون الموروث مشتركًا بينهما شركة ملكٍ.

وحكم هذا النوع أنه لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر لغير الشريك إلا بإذنه لعدم تضمنها الوكالة، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي، لأن تصرف الإنسان في مال غيره لا يجوز إلا بإذنٍ أو ولاية[2].

---

(1) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (6/ 361، 362)، و«كشاف القناع» (3/ 580)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 545)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 494).

(2) «الجوهرة النيرة» (3/ 420)، و«الاختيار» (3/ 14)، و«تبيين الحقائق» (3/ 313)، و«مجمع الأنهر» (2/ 543)، و«اللباب» (1/ 523)، و«مختصر الوقاية» (2/ 179).

وقال القرافي المالكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا كانا شريكين في حيوان مثلًا بميراث أو غيره، لا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه فلو باع نصيبه وسلم الجميع للمشتري بغير إذن شريكه فمقتضىٰ القواعد أن الشريك يضمن وبه أفتىٰ شيوخنا والشافعية؛ لأن أحسن أحواله أن يكون في الأمانة كالمودع عنده والمودع إذا وضع يد الأجنبي ضمن بتعديه؛ فإن قيل: يلزم عدم صحة البيع لعدم قدرته علىٰ التسليم شرعًا قلنا: إن كان شريكه حاضرا سلم المبيع له وتقع الحكومة بينه وبين المشتري أو غائبًا رفع أمره إلىٰ الحاكم يأذن له في البيع ممن شأن الحاكم وضع مال الغائب تحت يده ويصح البيع ولم أر في ذلك نقلًا غير أنه مقتضىٰ القواعد[1].

القسم الثاني من الشركة: شركة العقود، وهي التي سبق تعريفها من قبل وهي الاجتماع في تصرف وهي التي تحصل بالاختيار لقصد التصرف وتحصيل الأرباح، وهي المقصودة في هذا الباب.

وشركة العقود أربعة أنواع وهي:

1- شركة العنان.
2- شركة الصنائع أو الأبدان
3- شركة الوجوه.
4- شركة المفاوضة.

(1) «الذخيرة» (8/ 66)، و«البهجة في شرح التحفة» (2/ 255، 256).

النوع الأول: شركة العنان:

سبب تسميتها بالعنان:

تعددت عبارات الفقهاء في سبب تسميتها بالعنان:

فقيل: سميت شركة العنان؛ لظهورها، وهو أنهما ظاهرا بإخراج المالين، يقال عن الشيء إذا ظهر، ومنه قول امرئ القيس:

فعَنَّ لنا سِربٌ كأَنَّ نِعاجَهُ عذَارَى دُوّارٌ في مُلاءٍ مُذيَّلِ

أي عرض.

وقيل: سميت: عنانا؛ لاشتراكهما فيما يعن من الربح، أي: فيما يفضل من الربح، يقال عن الشيء إذا عرض.

وقيل: سميت: عنانا، من المعاننة، وهي المعارضة، فكل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله.

وقيل: سميت بذلك، مأخوذًا من عنان دابتي الرهان؛ لأن الفارسين إذا استبقا.. تساوىٰ عنانا فرسيهما، كذلك هذه الشركة من شأنها أن يتساوىٰ الشريكان فيها في المال والربح.

وقيل: سميت: شركة العنان، مأخوذا من عنان فرسي الرهان، لجهة أخرىٰ؛ لأن الإنسان يحبس نفسه في الشركة من التصرف بالمال في سائر الجهات، إلا عن الجهة التي يتفق عليها الشريكان، كما أن الإنسان يحبس الدابة إذا ركبها بالعنان عن السير إلىٰ سائر الجهات، إلا عن الجهة التي يريدها.

وقيل: سميت بذلك، مأخوذًا من العنان؛ لأن الإنسان يأخذ عنان الدابة بإحدىٰ يديه، ويحبسه عليها، ويده الأخرىٰ مرسلة، يتصرف بها كيف شاء،

كذلك هذه الشركة كل واحد من الشريكين بعض ماله مقصور عن التصرف فيه من جهة الشركة، وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء[1].

وهي في الاصطلاح عند الحنفية: هي أن يشارك صاحبه في بعض الأموال لا في جميع الأموال ويكون كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في التصرف في النوع الذي عينا من أنواع التجارة أو في جميع أنواع التجارة إذا عينا ذلك أو أطلقا ويبينان قدر الربح[2].

وقال المالكية: هي أن يشترط كل واحد منهما علىٰ صاحبه نفي الاستبداد بالتصرف، بل كل واحد يتوقف تصرفه علىٰ إذن الآخر؛ فهي شركة عنان.

فإن تصرف أحدهما بلا إذن فللثاني رده، وضمن إن ضاع ما تصرف فيه؛ مأخوذ من عنان الدابة: كأن كل واحد أخذ بعنان صاحبه[3].

وعند الشافعية: أن يشتركا في مال لهم ليتجرا فيه، بأن يخرج كل واحد منهما مالًا من جنس مال الآخر وعلىٰ صفته ويخلطا المالين[4].

---

(1) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (6/ 365، 366)، و«النجم الوهاج» (5/ 10)، و«مغني المحتاج» (3/ 184، 185)، و«تبيين الحقائق» (3/ 317، 318)، و«مختصر الوقاية» (2/ 181)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 21)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 49)، و«كشاف القناع» (3/ 581)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 546، 547).

(2) «تحفة الفقهاء» (3/ 7)، و«المبسوط» (11/ 152)، و«مختصر الوقاية» (2/ 181)، و«شرح فتح القدير» (6/ 176).

(3) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 21)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 49)، و«تحبير المختصر» (4/ 253)، و«الشرح الصغير» (8/ 10).

(4) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (6/ 365)، و«مغني المحتاج» (3/ 184، 185)، و«نهاية المحتاج» (5/ 5)، و«الديباج» (2/ 296).

أو بتعبير آخر: أن يخرج كل واحد منهما مالًا مثل مال صاحبه ويخلطاه فلا يتميز ويأذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر بالمال فيما رأىٰ من صنوف الأمتعة علىٰ أن يكون الربح بينهما علىٰ قدر المالين والخسران كذلك[1].

وقال الحنابلة: هي أن يشترك اثنان فأكثر في مال يتجران فيه، ويكون الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه[2]، أو أن يشترك اثنان فأكثر بماليهما علىٰ أن يعمل فيه أحدهما بشرط أن يكون للعامل من الربح أكثر من ربح ماله ليكون الجزء الزائد في نظير عمله في مال شريكه؛ فإن شرط صاحبه له ربحًا قدر مال العامل؛ فهو إبضاع لا يصح؛ لأنه عمل في مال الغير بغير عوض وإن شرط له صاحبه أقل من ربح ماله لم يصح أيضًا لأخذه جزءًا من ربح مال صاحبه بلا عمل منه لكن التصرف صحيح لعموم الإذن وله ربح ماله ولا أجرة له لتبرعه بعمله[3].

حكم شركة العنان:

أجمع أهل العلم علىٰ جواز شركة العنان إذا توفرت شروطها الآتي ذكرها عند كل منهم؛ لأنها مختلفة فيما بينهم وقد نقل عدد من العلماء الإجماع علىٰ ذلك.

قال الإمام ابن المنذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمع أهل العلم علىٰ أن الشركة الصحيحة، أن يخرج كل واحد من الشريكين مالًا مثل مال صاحبه، دنانير، أو دراهم، ثم يخلطان ذلك، حتىٰ يصير مالًا واحدًا لا يتميز، علىٰ أن يبيعا، ويشتريا ما رأيا من

(1) «الحاوي الكبير» (6/ 473)، و«الإقناع» للماوردي (107).

(2) «منار السبيل» (2/ 178، 179).

(3) «كشاف القناع» (3/ 581)، و«الروض المربع» (2/ 68، 69).

أنواع التجارات على أن ما كان فيه من فضل وربح فلهما، وما كان من نقصان فعليهما؛ فإذا فعلا ذلك صحت الشركة[1].

قال ابن هبيرة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واتفقوا على أن شركة العنان جائزة[2].

وقال الإمام الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فأما العنان فجائز بإجماع فقهاء الأمصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، ولما روي أن أسامة بن شريك جاء إلى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: أتعرفني؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «**وكيف لا أعرفك وكنت شريكي ونعم الشريك لا تداري، ولا تماري**» وأدنى ما يستدل بفعله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ الجواز.

وكذا بعث رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير أحد وجوه السنة.

ولأن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى استنماء المال متحققة، وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعًا، ولأنه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة إجماعًا[3].

وقال ابن رشد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع شركة العنان وشركة الأبدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها، وهي شركة العنان[4].

---

(1) «الإجماع» (512)، و«الإشراف» (6/ 172).

(2) «الإفصاح» (1/ 444).

(3) «بدائع الصنائع» (6/ 58).

(4) «بداية المجتهد» (2/ 189).

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: شركة العنان ومعناها أن يشترك رجلان بماليهما علىٰ أن يعملا فيهما بأبدانهما والربح بينهما وهي جائزة بالإجماع[1].

وقد نقل عدد كبير من العلماء غيرهم الإجماع علىٰ جوازها.

أركان الشركة:

وأركان الشركة عند الجمهور الصيغة والعاقدان، والمعقود عليه- وهو المال- والعمل.

وأما عند الحنفية فركنها الوحيد هو: الإيجاب والقبول: وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا، ويقول الآخر: قبلت. لأنه عقد من العقود فلا بد من الإتيان بركنه، وهو الإيجاب والقبول؛ بأن يقول شاركتك في بز أو نحوه أو في عموم التجارات.

وشرطها: أن تكون فيما يقبل الوكالة ليكون كل واحد منهما في الشراء أصيلًا في نصيبه، ووكيلًا عن صاحبه في النصف الآخر، فيكون المشترىٰ مشتركًا بينهما، ويكون الكسب كذلك بحسب الشركة، فلا تجوز الشركة في الاحتطاب والاحتشاش ونحوهما من المباحات، لأن التوكيل لا يصح فيها بل ما يكتسبه يكون له خاصة[2].

(1) «المغني» (5/ 10).

(2) «الهداية» (3/ 3، 7)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 421، 428)، و«تبيين الحقائق» (3/ 313)، و«اللباب» (1/ 527)، و«شرح فتح القدير» (6/ 154)، و«درر الحكام» (7/ 469).

شروط الشركة:

أولاً: شروط الصيغة:

اختلف الفقهاء في الصيغة هل يشترط فيها لفظ يدل على الإذن في التصرف أم تقوم دلالة الفعل مقام دلالة اللفظ؟

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة في المذهب وابن سريج من الشافعية إلى أن دلالة الفعل تقوم مقام دلالة اللفظ.

قال الحنفية: ركن الشركة: الإيجاب والقبول، وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا، ويقول الآخر قبلت أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البزازية أو البقالية.

وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى؛ لأنها عقد من العقود فينعقد بما يدل عليه، ولهذا لو دفع ألفًا إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذهما وفعل انعقدت الشركة[1].

وقال المالكية: لا تختص الشركة بلفظ بل تنعقد بكل ما يدل عليها عرفًا من قول اشتركنا أي يقوله كل منهما أو يقوله أحدهما ويسكت الآخر راضيًا به أو شاركني ويرضى الآخر، أو بما يقوم مقامه من فعل كخلط المالين والعمل بهما.

وتلزم الشركة بمجرد القول فلو أراد أحدهما المفاصلة قبل الخلط وامتنع الآخر فلا يجاب إلى ذلك مطلقًا، والقول للممتنع حتى ينض المال بعد العمل، ولو أراد نضوض المال بعد العمل فينظر الحاكم كالقراض[2].

(1) «بدائع الصانع» (6/ 56)، و«شرح فتح القدير» (6/ 154)، و«البحر الرائق» (5/ 181).
(2) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 4)، و«التاج والإكليل» (4/ 140)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 39)، و«تحبير المختصر» (4/ 238).

وقال ابن سريج رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا خلطا المالين بقصد الشركة أو ابتاعا شيئًا على قصدها.. كان كافيًا في التصرف، وهو مخرج على انعقاد البيع بالمعاطاة[1].

وقال الحنابلة في المذهب: تنعقد الشركة بما يدل على الرضى من قول أو فعل يدل على إذن كل منهما أو منهم للآخر في التصرف وائتمانه، ويغني لفظ الشركة عن إذن صريح؛ لتضمنها للوكالة.

ويتجه أو؛ أي: ويغني ما يدل عليها - أي: الشركة - كأن يتكلما في الشركة، ثم بعد برهة يحضر كل منهما مقدارًا معلومًا، ويتصرفان فيه؛ فتنعقد وهو متجه ويغني فعلهم ذلك عن إذن صريح في التصرف؛ لدلالته عليه[2].

وذهب الشافعية وأحمد في رواية إلى أنه يشترط في الصيغة: لفظ صريح يدل على الإذن من كل منهما للآخر في التصرف بالبيع والشراء الذي هو أصل التجارة؛ لأن المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فيه إلا بإذن صاحبه ولا يعرف الإذن إلا بصيغة تدل عليه.

كاتجر وكتصرف بيعًا وشراءً، أو بع واشتر، أو اشتركنا على أن يتصرف كل في مال صاحبه لا إن اقتصر على اشتركنا أو عقدنا الشركة ولم ينويا الإذن في التصرف.

فلو اقتصرا على قولهما: اشتركنا لم يكف عن الإذن في التصرف في الأصح، ولا يتصرف كل منهما إلا في نصيبه لاحتمال كون ذلك إخبارًا عن حصول الشركة في المال ولا يلزم من حصولها جواز التصرف بدليل المال الموروث شركة، لكن إن نويا بذلك الإذن في التصرف كان إذنًا.

---

(1) «النجم الوهاج» (5/ 10، 11).

(2) «الإنصاف» (5/ 412)، و«مطالب أولى النهى» (3/ 501)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 549)، و«كشاف القناع» (3/ 582).

والثاني: يكفي لفهم المقصود منه عرفًا.

ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في الجميع ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في جميع المال، ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه، وكذا لو أذن لصاحبه في التصرف في الجميع، وقال أنا لا أتصرف إلا في نصيبي.

ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف في نصيبه لم يصح العقد لما فيه من الحجر على المالك في ملكه.

ثم ينظر في المأذون فيه؛ فإن عين جنسًا لم يتصرف المأذون في نصيب الإذن في غير ذلك الجنس.

وإن قال تصرف واتجر فيما شئت من أجناس المال جاز على الصحيح.

وفي وجه لا بد من التعيين.

ولو أطلق الإذن ولم يتعرض لما يتصرف فيه جاز على الأصح كالقراض[1].

ثانيًا: شروط العاقدين:

يشترط في العاقدين ما يلي:

1- أهلية التوكيل والتوكل في المال: اشترط فقهاء المذاهب الأربعة في كل من المتعاقدين أن يكون كل منهما أهلا للتوكيل والتوكل، لأن كل منهما وكيل عن صاحبه وموكل له بأن يكون كل منهما عاقلًا بالغًا غير محجوز عليه

(1) «العباب» (677) و«روضة الطالبين» (3/ 474)، و«مغني المحتاج» (3/ 185)، و«نهاية المحتاج» (5/ 6)، و«الديباج» (2/ 296، 297)، و«النجم الوهاج» (5/ 10، 11)، و«الإنصاف» (5/ 412)، وقال المرداوي فيه: وعنه -أي الإمام أحمد- لا بد من لفظ يدل على الإذن نص عليه وهو قول في «التلخيص» وقدمه في «الرعاية الكبرى».

التصرّف في ماله، لأن كل واحد من الشركاء يتصرف بمال الشركة: أصالة في ماله ووكالة - أي بالإذن - في مال غيره، فكل منهم وكيل وموكل..

قال الحنفية: يشترط في المتعاقدين أهلية الوكالة، لأن الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال، لأن كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الأعمال مقتضىٰ عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن إذن فيشترط فيها أهلية الوكالة ولا يشترط لشركة العنان أهلية الكفالة حتىٰ تصح ممن لا تصح كفالته حتىٰ تصح من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب، أما شركة المفاوضة فيشترط في المتعاقدين الحرية والإسلام والبلوغ؛ لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحد منهما إلا بإذن المولىٰ، والصبي لا يملك الكفالة مطلقًا، ولا التصرف إلا بإذن الولي(1).

وقال المالكية: أن الشركة إنما تصح من أهل التوكيل والتوكل وهو من لا حجر عليه وهو الحر البالغ الرشيد، لأن العاقدين للشركة كل واحد منهما وكيل عن صاحبه ويوكل صاحبه فمن جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له أن يشارك وما لا فلا، فمن جاز له أن يتصرف لنفسه جاز له أن يوكل ويشارك فلا يشارك العبد إلا بإذن سيده أو كان مأذونًا من قبل في التجارة، وكذلك غيره من المحجور عليهم كالصغير والمجنون والسفيه؛ لأن كل واحد وكيل عن صاحبه موكل له(2).

(1) «بدائع الصانع» (6/ 59)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 421)، و«اللباب» (1/ 525).

(2) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 4)، و«مواهب الجليل» (7/ 52، 54)، و«التاج والإكليل» (4/ 140)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 39)، و«تحبير المختصر» (4/ 238)، و«الشرح الصغير» مع «حاشية الصاوي» (7/ 481).

وقال الشافعية: يشترط في العاقدين أهلية التوكيل والتوكل في المال، لأن كلا منهما يتصرف في ماله بالملك وفي مال الآخر بالإذن فكل منهما موكل ووكيل.

ومحله إذا أذن كل منهما للآخر في التصرف؛ وإلا فيشترط في الآذن أهلية التوكيل وفي المأذون له أهلية التوكل حتىٰ يصح أن يكون الأول أعمىٰ دون الثاني.

وتجوز الشركة للولي في مال محجوره، كالقراض إذا كان الشريك أمينًا يجوز إيداع مال اليتيم عنده ولا شبهة في ماله إن سلم مال المولىٰ عنها، فلا يجوز للولي أن يشارك فاسقًا؛ لأنه يشترط أن يكون الشريك بحيث يجوز إيداع مال المحجور عنده.

وهذا إذا كان الشريك هو المتصرف دون ما إذا كان الولي المتصرف.

ولو مات أحد الشريكين وله وارث غير رشيد ورأىٰ الولي المصلحة في الشركة استدامها[1].

وقال الحنابلة: ولا يصح شيء من أنواع الشركة إلا من جائز التصرف وهو الحر البالغ الرشيد؛ لأنه عقد علىٰ التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع[2].

---

(1) «العباب» (677)، و«روضة الطالبين» (3/ 473)، و«مغني المحتاج» (3/ 185)، و«نهاية المحتاج» (5/ 6)، و«الديباج» (2/ 297)، و«النجم الوهاج» (5/ 11).

(2) «المغني» (5/ 3)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 549)، و«كشاف القناع» (3/ 581).

2- أن يكون مسلمًا:

اختلف الفقهاء في الشركة هل يشترط إسلام كلا الشريكين أم تصح الشركة بين المسلم والذمي؟

قال الحنفية: الشركة إما أن تكون مفاوضة وإما أن تكون عنانا فأما شركة العنان فتجوز بين المسلم والذمي باتفاق عندهم.

وأما شركة المفاوضة فلا تصح عند أبي حنيفة ومحمد بين المسلم والذمي، لأن المسلم والذمي لا يتساويان في التصرف بدليل أن الذمي يتصرف في الخمر، والخنزير دون المسلم وتكون عنانا؛ لأن العنان يجوز بينهما إجماعا.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تصح شركة المفاوضة بين المسلم والذمي؛ لأنهما حران تجوز كفالتهما ووكالتهما إلا أنه يكره عنده؛ لأن الذمي لا يهتدي إلىٰ الجائز من العقود يخاف منه أن يطعمه الربا.

وإن تفاوض الذميان جازت مفاوضتهما، وإن اختلف دينهما؛ لأنهما متساويان في التصرف.

وإن كان أحدهما كتابيا، والآخر مجوسيا يجوز أيضًا.

إلا أنه يكره للمسلم أن يشارك الذمي؛ لأنه يباشر عقودًا لا تجوز في الإسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره، ولهذا كره توكيل المسلم الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كما لو وكله[1].

(1) «المبسوط» (11/ 196، 197)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 423)، و«بدائع الصانع» (6/ 61، 62)، و«اللباب» (1/ 525).

وقال المالكية في المشهور والحنابلة: تكره شركة كتابي ولو غير ذمي؛ لأنه لا يأمن معاملتهم بالربا والعقود الفاسدة إلا أن يلي المسلم التصرف أو يتصرف الذمي بحضرته، ولا يغيب عنه في شراء ولا بيع ولا تقاض، فلا تكره للأمن من الربا، لأن الذمي إذا تولىٰ الشراء باع بحكم دينه، وأدخل في مال المسلم ما لا يحل له، والمسلم ممنوع من أن يجعل ماله متجرًا في الربا والخمر والخنزير(1).

وقال الشافعية: تكره مشاركة الذمي مطلقًا ومن لا يحترز من الربا ونحوه، سواء كان هو المتصرف بالبيع والشراء أو المسلم، لما روي عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: «أكره أن يشارك المسلم اليهودي والنصراني». ولا مخالف له.

ولأنهم لا يمتنعون من الربا، ومن بيع الخمور، ولا يؤمن أن يكون ماله الذي عقد عليه الشركة من ذلك، فكره؛ فإن عقد الشركة معه.. صح؛ لأن الظاهر مما هو بأيديهم أنه ملكهم، وقد «اقترض النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من يهودي شعيرا، ورهنه درعه»(2).

وقال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ: قلت الذين كرهوا مشاركتهم لهم مأخذان:

أحدهما: استحلالهم ما لا يستحله المسلم من الربا والعقود الفاسدة وغيرها، وعلىٰ هذا تزول الكراهة بتولي المسلم البيع والشراء.

والثاني: أن مشاركتهم سبب لمخالطتهم، وذلك يجر إلىٰ موادتهم، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقًا.

---

(1) «شرح ابن بطال» (7/ 18، 19)، و«مواهب الجليل» (7/ 52، 54)، و«منح الجليل» (6/ 250)، و«المغني» (5/ 3)، و«الكافي» (2/ 257) و«المبدع» (5/ 4)، و«كشاف القناع» (3/ 581)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 495).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 473)، و«البيان» (6/ 363)، و«مغني المحتاج» (3/ 186)، و«النجم الوهاج» (5/ 12).

وروي عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: «أكره أن يشارك المسلم اليهودي».

وابن عباس إنما كره مشاركتهم لمعاملتهم بالربا، كذلك رواه الأثرم وغيره عنه من طريق أبي جمرة عنه: لا يشاركن يهوديًّا ولا نصرانيًّا ولا مجوسيًّا؛ لأنهم يربون، والربا لا يحل. وقد عللت طائفة كراهة مشاركتهم بأن كسبهم غير طيب فإنهم يبيعون الخمر والخنزير.

وهذه العلة لا توجب الكراهة؛ فإن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «**وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا، وَخُذُوا أَثْمَانَهَا**».

وما باعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم جاز لهم شركتهم في ثمنه، وثمنه حلال لاعتقادهم حِله، وما باعوه واشتروه بمال الشركة فالعقد فيه فاسد؛ فإن الشريك وكيل والعقد يقع للموكل، والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير[1].

ثالثًا: شروط المعقود عليه: وهو المال:

يشترط في المال المعقود عليه ما يلي:

1- أن يكون من الأثمان (النقدين الذهب والفضة):

اختلف الفقهاء في مال الشركة هل يشترط أن يكون من النقدين أم يصح بالمثلي والعروض.

فذهب الحنفية والحنابلة في المذهب والشافعية في قول إلى أنه يشترط في مال الشركة أن يكون من الأثمان وهي الدراهم والدنانير دون غيرهما؛ فلا تصح في العروض.

(1) «أحكام أهل الذمة» (1/ 206، 207).

قال الحنفية: لا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير، والفلوس النافقة.

ولا يجوز بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما؛ لأن التبر والنقرة تشبه العروض من وجه؛ لأنها ليست ثمنًا للأشياء وتشبه الدراهم والدنانير من وجه؛ لأن العقد عليها صرف فأعطيت الشبه من كل واحد منهما فاعتبرت فيها عادة الناس في التعامل؛ فإذا تعاملوا بها ألحقت بالدراهم، وإن لم يتعاملوا بها ألحقت بغير الدراهم[1].

وقال الحنابلة: يشترط أن يكون رأس المال من النقدين المضروبين؛ لأنهما ثمن المبيعات وقيم الأموال، والناس يشتركون بهما من زمن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى زمننا من غير نكير فلا تصح شركة العنان ولا المضاربة بعرض ولو كان العرض مثليًا كبر وحرير، لأن قيمته ربما زادت قبل بيعه فيشاركه الآخر في نماء العين التي هي ملكه[2].

وقال الشافعية في المذهب: تصح في كل مثلي أما في النقدين فبالإجماع لأنهما قيم المتلفات، وثمن الأشياء غالبًا، وبهما تعرف قيم الأموال، وما يزيد فيها من الأرباح، وأما غير النقدين؛ كالقمح والشعير والحديد ونحوهما؛ فيجوز على الصحيح من المذهب لأنهما مالان إذا خلطا.. لم يتميز أحدهما عن الآخر، فصح عقد الشركة عليهما، كالدراهم، والدنانير.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 59)، «المبسوط» (11/ 196، 197)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 426، 427)، و«اللباب» (1/ 527، 528).

(2) «كشاف القناع» (3/ 582)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 547)، و«الروض المربع» (2/ 69).

والثاني: لا يجوز؛ لأن الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: (ولا تجوز الشركة في العروض). وما له مثل من العروض، ولأنها شركة علىٰ عروض، فلم تصح، كالثياب، والحيوان.

وعلىٰ المذهب تصح الشركة فيها؛ فإن كانت قيمتهما سواء.. أخذ كل واحد منهما مثل سلعته يوم المفاصلة، واقتسما ما بقي من الربح، وإن كانت قيمتهما مختلفة، مثل: أن كانت حنطة أحدهما جيدة، وحنطة الآخر مسوسة.. كان لكل واحد منهما قيمة حنطته يوم عقد الشركة، واقتسما ما بقي من الربح.

وعلى هذا: لا يشترط التساوي في القيمة علىٰ الصحيح؛ فإن اختلفت كما إذا كان إردب هذا يساوي عشرة وإردب هذا يساوي خمسة.. فهما شريكان مثالثة.

كل هذا إذا أنشأ العقد علىٰ عروض متميزة لكل واحد منهما، فلو عقداها علىٰ عروض مشتركة بإرث أو ابتياع أو غيرهما.. فتصح، سواء كانت مثلية أو متقومة[1].

حكم الشركة في العروض:

شركة العروض: هو أن يخرج هذا متاعا فيقيمه ويخرج هذا متاعًا فيقيمه ثم يشتركان بالقيمتين ليكون المتاعان بينهما إن ربحا فيه كان بينهما وإن خسرا فيه كان الخسران عليهما[2].

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 474)، و«البيان» (6/ 364)، و«مغني المحتاج» (3/ 186)، و«النجم الوهاج» (5/ 12).

(2) «الحاوي الكبير» (6/ 473).

اختلف الفقهاء في حكم الشركة في العروض هل تصح أم لا؟ علىٰ قولين.

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية في المذهب والحنابلة في المذهب إلىٰ أن الشركة لا تصح في العروض -وحكىٰ ابن المنذر فيه الإجماع[1] وهو غير صحيح كما سيأتي-.

وعلل الحنفية عدم جواز الشركة بالعروض؛ لأن التوكيل فيها علىٰ الوجه الذي تضمنته الشركة لا يصح ألا ترىٰ أن من قال لغيره: بع عرضك علىٰ أن ثمنه بيننا لا يصح، وإذا لم تجز الوكالة التي هي من ضروريات الشركة لم تنعقد الشركة بخلاف الدراهم والدنانير؛ فإن التوكيل فيها علىٰ الوجه الذي تضمنته الشركة يصح ألا ترىٰ أنه لو قال له رجل: اشتر بألف من مالك علىٰ أن ما تشتريه بيننا وأنا أشتري بألف من مالي علىٰ أن ما اشتريته بيننا فإنه يجوز ذلك، ولأن أول التصرف في العروض البيع، وفي النقود الشراء، وبيع أحدهما ماله علىٰ أن يكون الآخر شريكًا في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيئًا بماله - علىٰ أن يكون المبيع بينه وبين غيره - جائز.

ولأن الشركة في العروض تؤدي إلىٰ جهالة الربح عند القسمة، لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة؛ لأنها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولًا فيؤدي إلىٰ المنازعة عند القسمة وهذا المعنىٰ لا يوجد في الدراهم والدنانير، لأن رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدي إلىٰ جهالة الربح «**ولأن النبي عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن ربح ما لم يضمن**»، والشركة في العروض تؤدي إلىٰ ربح ما لم يضمن لأن العروض غير

(1) «الإجماع» (515).

مضمونة بالهلاك؛ فإن من اشترىٰ شيئًا بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئًا آخر، لأن العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع؛ فإذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي إلىٰ ربح ما لم يضمن وإنه منهي بخلاف الدراهم والدنانير؛ فإنها مضمونة بالهلاك؛ لأنها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدي إلىٰ ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن[1].

وقال الشافعية: لا تصح في المتقوم من العروض؛ لأنه لا يمكن الخلط في المتقومات؛ لأنها أعيان متميزة، وحينئذ قد يتلف مال أحدهما أو ينقص فلا يمكن قسمة الآخر بينهما. ولأن موضوع الشركة علىٰ أن لا ينفرد أحد الشريكين بربح مال أحدهما، وهذه الشركة تفضي إلىٰ ذلك؛ لأنه قد تزيد قيمة عرض أحدهما، ولا تزيد من قيمة عرض الآخر، فيشاركه من لم تزد قيمة عرضه عند المفاصلة، وهذا لا سبيل إليه؛ فإن كان لكل واحد منهما عبد يساوي مائة، وأرادا الشركة.. باع أحدهما نصف عبده بنصف عبد صاحبه، ثم يتقاصان، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، وإن كانت قيمة أحدهما مائتين، وقيمة الآخر مائة.. باع من قيمة عبده مائتان ثلث عبده بثلثي عبد الآخر، وإن شاءا.. باع كل واحد منهما من صاحبه بعض عرضه بثمن في ذمته، ثم تقاصا، وإن شاءا.. اشتريا عرضًا من رجل بثمن في ذمتهما، ثم دفعا عرضيهما عما في ذمتهما.

وتصح في المثلي كالبر؛ والشعير، والحديد كما تقدم[2].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 59)، «المبسوط» (11/ 196، 197)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 426، 427)، و«اللباب» (1/ 527، 528).

(2) «الحاوي الكبير» (6/ 474)، و«البيان» (6/ 364)، و«روضة الطالبين» (3/ 474)، و«مغني المحتاج» (3/ 186) و«نهاية المحتاج» (5/ 7)، و«النجم الوهاج» (5/ 12)، و«الديباج» (2/ 297).

وعلل الحنابلة عدم الجواز الشركة بالعروض، لأن الشركة إما أن تقع علىٰ أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها: لا يجوز وقوعها علىٰ أعيانها، لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي إلىٰ أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا علىٰ قيمتها، لأن القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلىٰ التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته، ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له.

ولا يجوز وقوعها علىٰ أثمانها؛ لأنها معدومة حال العقد ولا يملكانها؛ لأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة علىٰ شرط وهو بيع الأعيان وهذا لا يجوز[1].

وذهب المالكية وأحمد في رواية إلى جواز الشركة في العروض.

قال المالكية: تصح الشركة بعين من جانب وبعرض من الآخر بأن يخرج أحدهما طعامًا أو عروضًا والآخر دنانير أو دراهم ويشتركان علىٰ القيم؛ فإن اعتدلت قيمة الطعام أو العروض مع المال فجائز علىٰ أن الربح والوضيعة بينهما سواء والعمل أيضًا بينهما بالسوية علىٰ قدر رءوس أموالهما.

وكذا تصح بعرضين من كل جانب عرض مطلقًا، اتفقا جنسًا، أو اختلفا كعبد وحمار أو ثوب. ودخَل فيه طعام من جهة وعرض من أخرىٰ.

(1) «المغني» (5/ 10، 11)، و«الإنصاف» (5/ 410)، و«كشاف القناع» (3/ 582)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 547)، و«الروض المربع» (2/ 69).

واعتبر كل من العرضين أو العرض مع العين بالقيمة يوم العقد كالشركة في العين مع العرض بالعين وقيمة العرض؛ فإن كانت قيمته قدر العين فالشركة بالنصف، وإن كانت قدرها مرتين فبالثلث والثلثين، وفي العرضين بقيمة كل؛ فإن تساويا فبالنصف، وإن تفاوتا فبحسب كلٍّ إن صحت الشركة.

قال القاضي عبد الوهاب رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإنما أجزنا الشركة بالعروض وصفتها: أن يخرج أحدهما ثوبًا والآخر ثوبًا أو عرضًا غيره، ويعقدا الشركة بينهما على أن يكون الربح بقدر رأس المال فيصح عندنا وإن لم يذكر أثمانًا ولا قالا: أن ثمن هذا الثوب كذا وثمن هذا الآخر كذا، وإذا سكتا عن ذلك انعقدت الشركة بينهما على قيمة العروض فيكون رأس مال كل واحد قيمة عرضه وسواء كانت العروض مما يتميز أعيانها كالثياب والدراهم السود مع البيض، أو مما لا يتميز كالحنطة والعسل،... ودليلنا على جواز الشركة بالعروض على الوجه الذي قدرناه، قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، ولأن العروض أعيان أموال، فجازت الشركة فيها وإن لم يسميا أثمانها اعتبارًا بما لا يتميز، ولأن حقيقة الشركة أن يملِّك أحدهما الآخر نصف عرضه، وتحصل أيديهما على جميع المال، وهذا موجود في مسألتنا كما لو صرّح بأن قال له بعتك نصف ثوبي بنصف ثوبك، أو إذا كان مما لا يتميز[1].

قال ابن رشد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأما الشركة بالطعام من صنف واحد، فأجازها ابن القاسم قياسًا على إجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة.

(1) «الإشراف» (3/ 66) رقم (925)، و«المعونة» (2/ 143)، و«مواهب الجليل» (7/ 61)، و«تحبير المختصر» (4/ 238، 239)، و«الشرح الكبير» (5/ 5)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (7/ 486).

ومنعها مالك في أحد قوليه - وهو المشهور - بعدم المناجزة الذي يدخل فيه، إذ رأىٰ أن الأصل هو أن لا يقاس علىٰ موضع الرخصة بالإجماع، وقد قيل: إن وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر إلىٰ الاستواء في القيمة، والبيع يفتقر إلىٰ الاستواء في الكيل، فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلىٰ استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد، فكره مالك ذلك[1].

وقال ابن عبد البر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا تجوز الشركة بالطعام إذا اختلف مثل القمح، والشعير أو صنف من القمح بغيره أو عدس بفول أو تمر بزبيب أو زيت بسمن أو عسل أو سمن بقر بسمن غنم أو زيت أحمر بأسود أو شيء بشيء من صنفه ليس مثله في عينه وجودته وحاله ولا تجوز الشركة بهذا كله وما كان مثله لا علىٰ الكيل ولا علىٰ القيمة[2].

وقال الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الرواية الثانية واختارها كثير من أصحابه أن الشركة تصح في العروض، لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعًا وكون الربح بينهما وهذا يحصل في العروض من غير غرر كما يحصل في الأثمان ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد؛ ليتمكن العامل من رد رأس المال عند التفاضل كما أنا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها وسواء كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب أو لا[3].

(1) «بداية المجتهد» (2/ 190)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 40)، و«الذخيرة» (8/ 42).

(2) «الكافي» (1/ 391).

(3) «المغني» (5/ 11)، و«إغاثة اللهفان» (2/ 44)، و«المبدع» (5/ 5)، وقال في «الإنصاف» (5/ 410): وعنه: تصح بالعروض. قال ابن رزين في شرحه: وعنه: تصح بالعروض وهي أظهر. واختاره أبو بكر، وأبو الخطاب، وابن عبدوس في تذكرته، وصاحب الفائق. وجزم به في المنور. وقدمه في المحرر، والنظم. قلت: وهو الصواب.

الحيلة في جواز الشركة في العروض:

هناك عدة حيل ذكرها الفقهاء الذين منعوا جواز الشركة لتصبح الشركة بالعروض جائزة.

فالحيلة في جوازها عند الحنفية أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتىٰ يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة؛ فتجوز بلا خلاف.

وصورته: رجلان لهما مال لا يصلح للشركة كالعروض، والحيوان ونحوه وأرادا الشركة فالطريق فيه أن يبيع أحدهما نصف ماله مشاعًا بنصف مال الآخر مشاعًا أيضًا؛ فإذا فعلا ذلك صار المال شركة بينهما شركة أملاك، ثم يعقدان بعده عقد الشركة ليكون كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه.

وفي «الهداية» تأويل المسألة إذا كان قيمة متاعهما علىٰ السواء؛ فإن كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما ثبتت به الشركة بأن كان قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر، والحاجة إلىٰ العقد بعد شركة الملك ليثبت توكيل كل واحد منهما لصاحبه ببيع نصيبه.

ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا جميعًا حتىٰ تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز[1].

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 59)، و«الهداية شرح البداية» (3/ 7)، و«العناية» (8/ 269)، و«تبيين الحقائق» (3/ 317)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 427، 428)، و«البحر الرائق» (5/ 187)، وابن عابدين (4/ 310).

وذكر الشافعية حيلتان لجواز الشركة في العروض:

الأولى وهي للمزني: فهو أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه ويتقابضاه فيصير - كل واحد من العرضين شركة بينهما نصفين ثم يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التجارة فهذه طريقة صحة الشركة في العروض إذا لم يتبايعا علىٰ شرط الشركة.

والثانية وهي للبصريين: فهو أن يشتري كل واحد منهما نصف عرض صاحبه بثمن في ذمته ثم يتقابضان الثمن أو يتبادلانه. فيصير كل واحد من العرضين شركة بينهما نصفين[1].

2- التساوي في المالين:

ذهب أبو القاسم عثمان بن سعيد الأنماطيُّ من الشافعية إلىٰ أنه يشترط التساوي في قدر المالين؛ فإذا كان مال أحدهما ألفًا، والآخر ألفين لم تصح؛ لأن الربح يحصل بالمال والعمل، فكما لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في المال لا يجوز الاختلاف في المال مع التساوي في العمل.

وذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية في المذهب- وقد ضعفوا قول الأنماطي- والحنابلة إلىٰ أنه لا يشترط التساوي في قدر المالين بل

(1) «الحاوي الكبير» (6/ 474)، و«مغني المحتاج» (3/ 187) و«نهاية المحتاج» (5/ 9)، و«النجم الوهاج» (5/ 14)، وقال العمراني في «البيان» (6/ 364): فإن كان لكل واحد منهما عبد يساوي مائة، وأرادا الشركة.. باع أحدهما نصف عبده بنصف عبد صاحبه، ثم يتقاصان، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، وإن كانت قيمة أحدهما مائتين، وقيمة الآخر مائة.. باع من قيمة عبده مائتان ثلث عبده بثلثي عبد الآخر، وإن شاءا.. باع كل واحد منهما من صاحبه بعض عرضه بثمن في ذمته، ثم تقاصا، وإن شاءا.. اشتريا عرضا من رجل بثمن في ذمتهما، ثم دفعا عرضيهما عما في ذمتهما.

تثبت الشركة مع تفاوتهما؛ لأنه لا محذور فيه ولأنهما مالان من جنس الأثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا فيجوز أن يكون لأحدهما ألفًا وللآخر ألفين وهكذا[1].

3- خلط المالين:

اختلف الفقهاء هل يشترط في مال الشركة أن يختلط المالين بحيث لا يتميزان أم لا يشترط؟

فذهب الشافعية وزفر من الحنفية في إحدى الروايتين عنه إلىٰ أنه يشترط خلط المالين بحيث لا يتميزان ليتحقق معنىٰ الشركة، لأن الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك إنما يتحقق في الملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد؛ كالحوالة، والكفالة، والصرف؛ فإذا خلطا المالين علىٰ وجه لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر فقد ثبتت الشركة، فأما قبل الخلط فالشركة لم تثبت حتىٰ إذا هلك رأس مال أحدهما كان هالكًا عليه خاصة فلا تثبت شركة العقد، لأن معنىٰ الاختلاط فيه لا يتحقق مقصودًا.

ولا بد من كون الخلط قبل العقد؛ فإن وقع بعد العقد في المجلس لم يصح علىٰ الصحيح إذ لا اشتراك حال العقد فيعاد العقد بعد ذلك.

والثاني: يجوز إن وقع في المجلس بعد العقد؛ لأنه كالعقد.

---

(1) «نهاية المطالب» (7/ 24)، و«البيان» (6/ 368) «روضة الطالبين» (3/ 476)، و«مغني المحتاج» (3/ 187)، و«نهاية المحتاج» (5/ 9)، و«النجم الوهاج» (5/ 14)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 429)، و«الإفصاح» (1/ 444، 445)، و«المغني» (5/ 12)، و«مطالب أولي النهي» (3/ 498).

فإن حصل الخلط بعد المجلس لم يجز علىٰ الوجهين، وهو الصحيح من المذهب ومال إمام الحرمين إلىٰ جوازه؛ لأن الشركة توكيل وتوكل.

ولا يكفي الخلط مع إمكان التمييز بنحو اختلاف جنس كدراهم ودنانير؛ فإن خلط حينئذ وتلف نصيب أحدهما تلف عليه فقط وتعذر الشركة في الباقي[1].

وذهب الحنفية والحنابلة إلىٰ أنه لا يشترط خلط المالين فتصح الشركة، وإن كان مال كل واحد منهما في يده إذا عيّنا المال وأحضراه؛ لأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة، ولأنه عقد علىٰ التصرف فلم يكن من شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة.

لأن الشركة تشتمل علىٰ الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه، والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة.

ولأن الشركة في الربح مستندة إلىٰ العقد دون المال، لأن العقد يسمىٰ شركة، ولا بد من تحقيق معنىٰ هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطًا، ولأن الدراهم، والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال؛ وإنما يستفاد بالتصرف؛ لأنها في النصف أصيل وفي النصف وكيل وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصارت كالمضاربة[2].

---

(1) «نهاية المطلب» (7/ 24)، «روضة الطالبين» (3/ 475)، و«مغني المحتاج» (3/ 186) و«نهاية المحتاج» (5/ 8)، و«النجم الوهاج» (5/ 14).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 60)، و«المبسوط» (11/ 152)، و«البحر الرائق» (5/ 189)،

ثم اختلف الحنفية والحنابلة فيما إذا تلف المال قبل الخلط.

فقال الحنفية: إذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة، وكذا لو هلك أحد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه أو يد شريكه؛ لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة؛ أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق علىٰ ملكه وأما بطلان الشركة فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال المعين؛ لأنه يتعين بالتعيين في الشركة، والهبة، والوصية، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة، والوكالة المفردة.

وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان، وكذا إذا هلك أحدهما؛ لأنه أي الشريك الذي لم يهلك ماله لم يرض بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه هو أيضًا في ماله بتقدير بقائه؛ فإذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيًا به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وهي الاشتراك فيما يحصل.

فإن اشترىٰ أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشتري بينهما علىٰ ما شرطا؛ لأن الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء، لأن الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه فلا يتغير حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك[1].

وقال الحنابلة: إن تلف أحد المالين أو بعضه ولو قبل الخلط فالتالف من

و«الجوهرة النيرة» (3/ 432)، و«اللباب» (1/ 531)، و«المغني» (5/ 12)، و«الكافي» (2/ 258).

(1) «بدائع الصانع» (6/ 60)، و«شرح فتح القدير» (6/ 179، 180)، و«الهداية» (3/ 8)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 431)، و «مجمع الضمانات» (640)، و«الهندية» (2/ 320).

ضمانهما معًا؛ لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منها وزيادته لها.

فالوضيعة ولو في أحد المالين قبل الخلط عليهما علىٰ قدر المال بالحساب؛ لأنها عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بالقدر فيكون النقص منه دون غيره، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن أو غير ذلك[1].

وأما المالكية فاختلف النقل والترجيح عندهم وسبب الخلاف هل الشركة تلزم بالعقد سواء خلط المال أو لا؟ أم لابد من خلط المالين ولو حكمًا.

قال القاضي عبد الوهاب رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تصح الشركة إذا انفرد كل واحد بمال نفسه من غير أن يكون يد الآخر عليه حتىٰ يكون أيديهما عليه، بأن يجعلاه في تابوتهما أو حانوتهما، أو علىٰ يد وكيلهما، فتصح حينئذ الشركة، وإن لم يخلطاه، وإن كانت أعيانه متميزة.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما في يده إذا عيّنا المال وأحضراه، إلا أنه متىٰ هلك أحد المالين كان من ربه إذا هلك قبل الخلط.

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تصح الشركة إلا أن يخلطا رأس المال حتىٰ لا يتميز بعضه عن بعض.

فدليلنا على أبي حنيفة: أن الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال، وإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة؛ لأنهما علىٰ ما كانا

(1) «المغني» (5/ 12)، و«كشاف القناع» (3/ 584).

عليه من انفراد المالين، فلم يحصل منهما إلا القول، ومجرد القول لا تأثير له؛ بدليل أنهما لو تعاقدا الشركة علىٰ مال ولم يعيّناه لم تنعقد، لأن الشركة لا تحصل علىٰ مال لم تثبت أيديهما عليه، ولأن كل واحد من المالين يتلف علىٰ ملك صاحبه، فلم يثبت به شركة أصله سائر أمواله، عكسه إذا خلطاه، أو كانت أيديهما عليه، ولأن كل مال في يد صاحبه كالشركة علىٰ الطعام، ولأنهم وافقونا علىٰ أن الخسران لا يكون بينهما، فكذلك يجب أن يكون الربح، بعلة أنه أحد نوعي الشركة.

ودليلنا على الشافعي: أن أيديهما ثابتة علىٰ المالين كما لو خلطاه[1].

لكن ذهب المالكية في المشهور، وهو قول ابن القاسم إلىٰ أن الشركة تلزم بالعقد أي بما يدل عليها عرفا سواء كان قولًا كاشتركنا، أو فعلا كخلط المالين أو هما معًا، وأما القول بأن الخلط شرط في لزومها فهو قول سحنون ودرج عليه القاضي عبد الوهاب في القول الذي ذكرته قبل وهو خلاف المشهور.

وإنما الصحيح: أن الخلط شرط في الضمان فما تلف من مال الشركة قبل الخلط فمن ربه دون صاحبه، إن كان مال الشركة مثليًّا كعين وإلا بأن حصل التلف بعد الخلط أو كان المال عرضًا فمنهما الضمان معًا، ولا يختص برب المال، ثم إذا تلف شيء قبل الخلط - وقلنا ضمانه من ربه فقط - فالشركة لم تنفسخ؛ لأنها لازمة بالعقد.

ويكون ما اشترىٰ بالسالم بينهما علىٰ ما دخلا عليه من مناصفة أو غيرها، وعلىٰ المال التالف ثمن ما يخصه من الشركة نصفًا أو أقل أو أكثر، أي فإذا

---

(1) «الإشراف» (3/ 67، 68) رقم (926)، و«المعونة» (2/ 140، 141).

اشترىٰ بالسالم سلعة بمائة فعلىٰ الذي تلف ماله نصف المائة حيث كانت الشركة علىٰ المناصفة.

ولا فرق في الخلط بين كونه حسا بأن لا يتميز مال أحدهما من الآخر أو حكما بأن جعلا مجموع المالين ببيت واحد وجعلا عليه قفلين بيد كل منهما مفتاح الآخر أو جعل كل منهما ذهبه في صرة وجعلاهما تحت يد أحدهما أو في تابوته أو خرجه.

ولا يضر انفراد أحد الشريكين بشيء من مال الشركة يتجر فيه علىٰ حدة في مكان آخر في البلد أو في بلد آخر، علىٰ أن ما حصل من ربح في كل فهو بينهما علىٰ ما دخلا عليه[1].

4- أن يكون المالين من جنس واحد:

اختلف الفقهاء هل يشترط أن يكون المالين في الشركة من جنس واحد أم تصح مع اختلاف الجنسين بأن كان لأحدهما دراهم والآخر دنانير.

فذهب الحنفية والحنابلة وأشهب من المالكية إلىٰ أنه لا يشترط أن يكون المالان من جنس واحد فيصح أن يكون من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير؛ لأن الدراهم والدنانير قد أجريا مجرىٰ الجنس الواحد في كثير من الأحكام بدليل أنه يضم بعضها إلىٰ بعض في الزكاة فصار العقد عليهما كالعقد علىٰ الجنس الواحد.

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 6، 7)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 41)، و«تحبير المختصر» (4/ 239، 241)، و«مواهب الجليل» (7/ 61، 62)، و«التاج والإكليل» (4/ 143، 144)، و«البهجة في شرح التحفة» (2/ 251)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (7/ 491).

وذهب الشافعية وزفر من الحنفية إلىٰ أنه يشترط في المالين أن يكونا من جنس واحد فلا يصح من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير؛ لأن هذا يتميز بعد خلطه وما يتميز بعد خلطه لا تصح الشركة به كالعروض(1).

وقال المالكية: إنما تصح الشركة بذهبين: بأن أخرج هذا ذهبًا، والآخر ذهبًا ولو اختلفت السكة، أو ورقين- فضة- بأن أخرج هذا ورقًا والآخر ورقًا مثله إن اتفق الذهبان أو الورقان صرفًا وقت العقد، ووزنًا وجودة أو رداءة.

فإن كان من أحدهما ذهبًا والآخر فضة لم تصح علىٰ المشهور؛ لأنه صرف وشركة؛ فالشركة - من جهة - بيع كل منهما بعض مال الآخر بقطع النظر عن كون أحد المالين ذهبًا والآخر فضة، والصرف - من جهة - بيع أحدهما بمال الآخر منظور فيه لخصوص كون أحد المالين ذهبًا والآخر فضة؛ فآل الأمر إلىٰ أن بيع الذهب بالفضة هو الشركة والصرف لكنهما مختلفان بالاعتبار كما علمت.

فإن عملا فلكل رأس ماله الذي أخرجه ويفض الربح لكل عشرة دنانير دينار مثلًا، ولكل عشرة دراهم درهم.

وتصح بالذهب والفضة معًا من الشريكين، بأن أخرج أحدهما دنانير ودراهم كعشرة دنانير وعشرة دراهم وأخرج الثاني مثله؛ فتصح وتعتبر مساواة

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 60)، و«الهداية» (3/ 8)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 430)، و«اللباب» (1/ 530)، و«مختصر الوقاية» (2/ 181)، و«الكافي» (1/ 390)، و«الحاوي الكبير» (6/ 481)، و«مغني المحتاج» (3/ 186)، و«نهاية المحتاج» (5/ 8)، و«النجم الوهاج» (5/ 12)، و«الديباج» (2/ 298)، و«المغني» (5/ 12)، و«كشاف القناع» (3/ 584)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 547)، و«الإفصاح» (1/ 444)، و«منار السبيل» (2/ 179).

ذهب أحدهما لذهب الآخر وزنًا وصرفًا وقيمة وفضة أحدهما لفضة الآخر كذلك، لأن بالتساوي لم يجتمع الممنوع اجتماعهما وهو صرف وشركة[1].

5- الربح والخسران على قدر المالين:

اختلف الفقهاء في الربح والخسران هل يشترط أن يكون علىٰ قدر المالين أم يجوز التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين أو التساوي في الربح والخسران مع تفاضل المالين.

فاتفقوا علىٰ أن الوضيعة -الخسران- لا تكون إلا علىٰ قدر المالين؛ لأنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة ولأنه أمين واشتراط الضمان علىٰ الأمين لا يصح[2].

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 4، 5)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 39)، و«تحبير المختصر» (4/ 238)، و«مواهب الجليل» (7/ 60)، و«التاج والإكليل» (4/ 140، 141)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (7/ 489).

(2) قال ابن قدامة في «المغني» (5/ 22، 23): والوضيعة علىٰ قدر المال يعني الخسران في الشركة علىٰ كل واحد منهما بقدر ماله فإن كان مالهما متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وإن كانا أثلاثا فالوضعية أثلاثا لا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما.

وفي شركة الوجوه تكون الوضعية علىٰ قدر ملكيهما في المشترىٰ سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضعية لتلف أو نقصان في الثمن عما اشتريا به أو غير ذلك.

والوضعية في المضاربة علىٰ المال خاصة ليس علىٰ العامل منها شيء لأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة و فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغرق أو غيره لم يكن علىٰ العامل شيء.

ثم اختلفوا في الربح على هذا التفصيل الآتي:

قال المالكية والشافعية وزفر من الحنفية: إن الربح والخسران يقسم على قدر المالين؛ لأن الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما فكانا على قدر المالين؛ فإن شرطا التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين أو التساوي في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما.

فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف على الصحيح عند الشافعية؛ لأن الشرط لا يسقط الإذن فنفذ التصرف؛ فإن ربحا أو خسرا قسم الربح والخسران على قدر المالين؛ لأنه مستفاد بمالهما فكان على قدرهما كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت.

والوجه الآخر: يبطل الإذن لبطلان الشرط فيه فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في جميع المال؛ فإن تصرف فيه كان كمن تصرف في مال مشترك عن شركة فاسدة.

فعلى المذهب يرجع كل واحد على صاحبه بأجرة مثل عمله في ماله؛ فإن تساويا في المال والعمل فنصف عمل كل واحد يقع في مقابلة ماله فلا أجرة فيه ونصفه في مال صاحبه ويستحق صاحبه مثل بدله عليه فيقع في التقاص.

وإن تفاوتا في العمل مع استواء المال فساوى عمل أحدهما مائتين والآخر مائة؛ فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر فنصف عمله مائة ونصف عمل صاحبه خمسون فيبقى له بعد التقاص خمسون.

وإن كان عمل صاحبه أكثر ففي رجوعه بخمسين علىٰ من شرط له الزيادة وجهان: أحدهما الرجوع كما لو فسد القراض. وأصحهما المنع.

ويجري الوجهان فيما لو فسدت الشركة واختص أحدهما بأصل التصرف والعمل هل يرجع بنصف أجرة عمله علىٰ الآخر؟

أما إذا تفاوتا في المال فكان لأحدهما ألف، وللآخر ألفان وتفاوتا في العمل فعمل صاحب الأكثر أكثر بأن يساوي عمله مائتين وعمل الآخر مائة فثلثا عمله في ماله، وثلثه في مال صاحبه وعمل صاحبه بالعكس فيكون لصاحب الأكثر ثلث المائتين علىٰ الأقل، ولصاحب الأقل ثلثا المائة علىٰ صاحب الأكثر وقدرهما متفق فيقع في التقاص.

وإن كان عمل صاحب الأقل أكثر والتفاوت كما صورنا فثلث عمل صاحب الأقل في ماله، وثلثاه في مال صاحبه، وثلثا عمل صاحب الأكثر في ماله وثلثه في مال شريكه فيبقىٰ لصاحب الأقل علىٰ الأكثر مائة بعد التقاص.

ولو تساويا في العمل فلصاحب الأقل ثلثا المائة علىٰ صاحب الأكثر ولصاحب الأكثر ثلث المائة عليه فثلث تقاص ويبقىٰ لصاحب الأقل ثلث المائة.

والوجه الآخر: يبطل الإذن لبطلان الشرط فيه فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في جميع المال؛ فإن تصرف فيه كان كمن تصرف في مال مشترك عن شركة فاسدة.

ولو كان ثلث المال لأحد الشريكين وثلثاه للآخر فشرطا أن يكون الربح بينهما نصفين علىٰ أن ينفرد بالتجارة صاحب الثلث وحده جاز، وكانت هذه شركة ومضاربة بالبدن؛ لأن العامل يأخذ الثلث بملكه وتمام النصف بعمله

وخرج عن حكم المفاضلة إلىٰ حكم المضاربة، وهذا في وجه والوجه الآخر وهو الصحيح من المذهب أن هذا لا يصح كما لو شرط التفاوت في الخسران؛ فإنه يلغوا ويوزع الخسران علىٰ المال ولا يصح جعله مضاربة؛ فإن هناك يقع العمل مختصا بملك المالك وهنا بمليكيهما[1].

وقال المالكية: العمل بينهما في مال الشركة يجب أن يكون بينهما بقدر المالين، والربح والخسر يكون بينهما بقدر المالين مناصفة وغيرها، وصحت الشركة إن دخلا علىٰ ذلك أو سكتا ويقضي عليهما بذلك، لأن كل واحد منهما حائز للنصف وله حجة.

وتفسدت الشركة بشرط التفاوت في ذلك عند العقد، كما لو أخرج أحدهما ألفًا مثلًا، والآخر ألفين، وشرطا التساوي في الربح والعمل؛ فإن وقع ذلك وعثر عليه قبل العمل؛ فإن عقد الشركة يفسخ وبعد العمل يقسم الربح علىٰ قدر المالين ولا يلتفت إلىٰ اشتراطهما التفاوت، لأن الشرط كان فاسدًا فيرجع صاحب الألفين بفاضل الربح وهو سدسه وينزعه من صاحب الألف إن كان قبضه ليكمل له ثلثاه ويرجع صاحب الألف بفاضل عمله فيأخذ سدس أجرة المجموع، وإنما يرجع أحدهما علىٰ الآخر بأجرة المثل؛ لأن عقد الشركة المبتغىٰ منه الاشتراك في الربح الحادث؛ فإذا وقع فاسدًا وجب أن يستحق العامل أجرة مثل عمله علىٰ عامل غيره كالقراض.

---

(1) «الإقناع» للماوردي (108)، و«الحاوي الكبير» (6/ 477)، و«المهذب» (1/ 346) و«التنبيه» ص(107)، و«نهاية المطلب» (7/ 24، 25)، و«البيان» (6/ 369)، و«روضة الطالبين» (3/ 481، 483)، و«مغني المحتاج» (3/ 189)، و«نهاية المحتاج» (5/ 13)، و«النجم الوهاج» (5/ 17)، و«الديباج» (2/ 300).

وإنما يشترط أن يكون العمل والربح علىٰ قدر رءوس الأموال، لأنَّه قد ثبت أن عقد الشركة يوجب في جهة كل واحد من الشريكين قسطًا من الربح والخسران ثم اتفقا علىٰ أن أحدهما لو شرط علىٰ الآخر جزءًا من الخسران أن ينفرد به كان ذلك غير جائز كذلك إذا شرط جزءًا من الربح بعلة أنهما ثمرتا مال الشركة، فوجب تساويهما فيه بقدر المال، ولأن الربح ثمنه المال والمال أصله، فوجب أن يتقسط بين الشريكين علىٰ قدر الملك كأجرة العقار.

وإنما يجب التساوي في العمل علىٰ قدر رءوس الأموال كالربح لما ذكرناه في الربح، ولأن اشتراط الزيادة استئجار من مشترطها للآخر بفضل ربح ماله وذلك غرر، ولأن كل واحد ترك العمل يستحق عليه بحق الشركة بما بذله من فضل ربح ماله كما لو شرط العمل علىٰ صاحب الألفين والربح بينهما نصفين، أو شرط أكثر الربح للذي لا يعمل وأقله للذي يعمل.

ولأحد الشريكين التبرع لصاحبه بشيء من الربح أو العمل بعد العقد علىٰ الصحة،- أما أثناء العقد أو فيه فلا يجوز، لأن ذلك سلفًا جر نفعًا-؛ فإذا عقدا علىٰ أن لصاحب ثلث المال الثلث من الربح وعليه ثلث العمل فالعقد صحيح، وله أن يعمل بعد ذلك النصف أو أكثر، ولصاحب الثلثين أن يتبرع له بشيء من ربحه؛ لأنه من باب المعروف والصلة.

وله الهبة لصاحبه والسلف بأن يسلف صاحبه شيئًا بعد العقد الواقع صحيحًا لا حينه[1].

---

(1) «الكافي» (1/ 391)، و«الإشراف» (3/ 73، 74) رقم (932)، و«المعونة» (2/ 141)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 13، 14)، و«الذخيرة» (8/ 52)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 45)، و«تحبير المختصر» (4/ 247)، و«مواهب الجليل» (7/ 67)، و«التاج والإكليل» (4/ 149، 150)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (8/ 3، 5)، و«الإفصاح» (1/ 445).

وجاء في «المدونة»: (في الشركة بالمالين المتفاضلين على أن الربح والوضيعة بينها بالسوية).

قلت: أرأيت إن أخرجت ألف درهم، وأخرج رجل آخر ألفي درهم، فاشتركنا علىٰ أن الربح بيننا والوضيعة بيننا نصفين؟

قال: قد أخبرتك، أنها فاسدة عند مالك.

قلت: فإن عملا علىٰ هذه الشركة فربحا؟

قال: قد أخبرتك أن الربح بينهما علىٰ قدر رءوس أموالهما عند مالك، ويكون للقليل رأس المال علىٰ صاحبه من الأجرة بحال ما وصفت لك.

قلت: فإن عملا فوضعا نصف رأس المال الذي في أيديهما؟

قال: الوضيعة عند مالك عليهما علىٰ قدر رءوس أموالهما؛ لأن الفضل الذي يفضله به صاحبه علىٰ رأس ماله، إنما كان ذلك الفضل في ضمان صاحبه الذي الفضل له، ولم يضمن له شريكه من ذلك الفضل شيئًا ألا ترىٰ أن ربح ذلك الفضل، إنما هو للذي له الفضل؟ فهذا يدلك علىٰ أن المصيبة في الفضل من الذي له الفضل.

قلت: فإن ذهب رأس المال خسارة، أو ركبهما ثلاثة آلاف دينار من تجارتهما بعد وضيعتهما رأس المال كله، كيف تكون هذه الوضيعة عليهما والشركة فاسدة علىٰ ما وصفت لك، وقد كان شرطهما علىٰ أن الوضيعة بينهما نصفين؟ قال: أرىٰ الدين الذي لحقهما من تجارتهما، يكون عليهما علىٰ قدر رءوس أموالهما فيكون علىٰ صاحب الألف ثلث هذا الدين ويكون علىٰ الذي كان رأس ماله ألفين ثلثا هذا الدين، لأن الشركة إنما وقعت بينهما بالمال ليس

بالأبدان، فما لحقهما من دين فُضَّ علىٰ المال الذي به وقعت الشركة بينهما وهو رأس أموالهما، فيكون علىٰ الذي رأس ماله ألف من الدين الذي لحق الثلث، وعلىٰ الذي رأس ماله ألفان الثلثان، ولا يلتفت إلىٰ الشرط الذي شرطاه بينهما، لأن الشرط كان فاسدًا، وقال: وهذا الآخر لم أسمعه من مالك، ولكنه رأيي مثل ما قال لي مالك من الوضيعة في رأس المال[1].

وذهب الحنفية والحنابلة إلىٰ أنه يجوز أن يتفاضلا في الربح مع تساوي المالين أو أن يتساويا في الربح مع تفاضل المالين؛ لأن العمل مما يستحق به الربح فجاز إن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد، وذلك، لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوىٰ علىٰ العمل ولا يرضىٰ بالمساواة فمست الحاجة إلىٰ التفاضل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب يحققه إن هذه الشركة معقودة علىٰ المال والعمل جميعًا، ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان منفردًا فذلك إذا اجتمعا.

وأما الوضيعة فلا تكون إلا علىٰ قدر المالين كما تقدم باتفاق المذاهب الأربعة؛ لأنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة؛ ولأنه أمين واشتراط الضمان علىٰ الأمين لا يصح[2].

---

(1) «المدونة الكبرىٰ» (5/ 64).

(2) «بدائع الصنائع» (6/ 63)، و«الاختيار» (3/ 18)، و«الهداية» (3/ 8)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 429)، و«تبيين الحقائق» (3/ 318)، و«اللباب» (1/ 530)، و«العناية» (8/ 275، 276)، و«مختصر الوقاية» (2/ 181)، و«المغني» (5/ 19)، و«شرح الزركشي» (2/ 146)، و«كشاف القناع» (3/ 583)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 548)، و«الإفصاح» (1/ 445)، و«منار السبيل» (2/ 180).

قال الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأما شركة العنان فلا يراعي لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة و...، لأن اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها، وهو معنىٰ المساواة ولم يوجد في العنان ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلًا ومتساويًا لما قلنا.

والأصل: أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان، أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأن الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه، ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة، وأما بالعمل؛ فإن المضارب يسْتَحِقُّ الربح بعمله فكذا الشريك، وإما بالضمان؛ فإن المال إذا صار مضمونًا علىٰ المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجًا بضمان، بقول النبي عليه الصلاة والسلام: «**الخراج بالضمان**»؛ فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له.

والدليل عليه: أن صانعًا تقبل عملًا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح؛ فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل أن من قال لغيره: تصرف في ملكك علىٰ أن لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئًا من الربح؛ لأنه لا مال ولا عمل ولا ضمان.

إذا عرف هذا فنقول إذا شرطا الربح علىٰ قدر المالين متساويًا أو متفاضلًا فلا شك أنه يجوز ويكون الربح بينهما علىٰ الشرط سواء شرطًا العمل عليهما أو علىٰ أحدهما والوضيعة علىٰ قدر المالين متساويًا ومتفاضلًا؛ لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال.

وإن كان المالان متساويين فشرطا لأحدهما فضلا على ربح ينْظَرُ:

إن شرطا العمل عليهما جميعًا جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ولا خلاف في شركة الملك أن الزيادة فيها تكون على قدر المال حتى لو شرط الشريكان في ملك ماشية لأحدهما فضلا من أولادها، وألبانها لم تجز بالإجماع، والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل، وهو أن الربح عنده لا يستحق إلا بالمال؛ لأنه نماء الملك فيكون على قدر المال كالأولاد والألبان.

وأما عندنا فالربح تارة يستحق بالمال، وتارة بالعمل، وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعًا أو عمل أحدهما دون الآخر؛ فالربح بينهما يكون على الشرط، لأن استحقاق الربح في الشركة بالأعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل أن المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح وإن لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه، والوضيعة على قدر المالين لما قلنا.

وإن شرطا العمل على أحدهما؛ فإن شرطاه على الذي شرطا له فضل الربح جاز، والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله.

وإن شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز؛ لأن الذي شرطا له الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان، وقد بيَّنَّا أن الربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء الثلاثة.

وإن كان المالان متفاضلين وشرطا التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف أن ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة إذا شرطا العمل عليهما، وكان زيادة

الربح لأحدهما علىٰ قدر رأس ماله بعمله، وإنه جائز وعلىٰ قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح علىٰ قدر رأس المالين عنده.

وإن شرطا العمل علىٰ أحدهما؛ فإن شرطاه علىٰ الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وإن شرطاه علىٰ صاحب الأكثر لم يجز؛ لأن زيادة الربح في حق صاحب الأقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان[1].

6- العلم بقدر المالين:

اختلف الفقهاء في رأس المال هل يشترط أن يكون معلومًا وقت العقد أم لا؟

فذهب الحنفية إلىٰ أن العلم بمقدار رأس المال وقت العقد ليس بشرط لجواز الشركة بالأموال.

قال الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط؛ لجواز الشركة بالأموال عندنا وعند الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ شرط.

وجه قوله: إن جهالة قدر رأس المال تؤدي إلىٰ جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطًا.

ولنا: أن الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لإفضائها إلىٰ المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضي إلىٰ المنازعة؛ لأنه يعلم مقداره ظاهرًا وغالبًا؛ لأن الدراهم والدنانير توزنان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي إلىٰ جهالة مقدار الربح وقت القسمة[2].

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 62، 63).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 63).

وقال الشافعية في الأصح: لا يشترط العلم بقدر كل من المالين أهو النصف أم غيره عند العقد إذا أمكن معرفته من بعد بمراجعة حساب أو كيل؛ لأن الحق لا يعدوهما وقد تراضيا بخلاف ما لا يمكن معرفته.

والوجه الثاني: أن ذلك يشترط، وإلا أدىٰ إلىٰ جهل كل منهما بما أذن فيه وبما أذن له فيه.

ومأخذ الخلاف: أنه إذا كان بين اثنين مال مشترك كل منهما جاهل بقدر حصته فأذن كل منهما للآخر في التصرف في نصيبه منه يصح الإذن في الأصح ويكون الثمن بينهما كالمثمن ولو جهلا القدر وعلما النسبة؛ بأن وضع أحدهما الدراهم في كفة الميزان ووضع الآخر بإزائها مثلها صح جزمًا؛ لأنه لا محذور فيه؛ لتراضيهما بذلك.

وشرط المسألة أن تمكن معرفتها بعد العقد وهو كذلك؛ فإن لم يكن كذلك.. بطل. فلو كان لهما ثوبان فاشتبها.. لم يكف ذلك لعقد الشركة، لأن ثوب كل منهما متميز عن الآخر لكن عرض لهما الاشتباه[1].

وأما الحنابلة فقالوا: يشترط أن يكون كُلٌّ من المالين معلومًا قدرًا وصفة عند العقد؛ لأنه لا بد من الرجوع برأس المال، ولا يمكن مع جهله.

وإن اشتركا في مال مختلط بينهما شائعًا كما ورثاه أو اتهباه ولم يعلما كميته صح عقد الشركة؛ إن علما قدر مال كل منهما فيه من نصف أو ربع ونحوه لانتفاء الغرر بذلك[2].

---

(1) «مغني المحتاج» (3/ 188)، و«نهاية المحتاج» (5/ 9)، و«الديباج» (2/ 298)، و«النجم الوهاج» (5/ 14).

(2) «الإنصاف» (5/ 408)، و«كشاف القناع» (3/ 582)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 547)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 497)، و«منار السبيل» (2/ 180).

7- أن يكون الربح معلوم القدر: بأن تكون نسبة كل واحد من الشريكين معلومة؛ كنصفه أو ثلثه أو ربعه، لأن الربح مستحق لهما بحسب الاشتراط، فلم يكن بد من اشتراطه كالمضاربة؛ فإن قالا: والربح بيننا، فهو بينهما نصفين؛ فإن كان مجهولًا تفسد الشركة عند الحنفية والحنابلة، لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب، ولأن الربح هو المعقود عليه وهو المقصود من الشركة فلا يجوز الإخلال به، لأن جهالة المعقود عليه تستوجب فساد العقد كما في البيع والإجارة(1).

أما المالكية والشافعية فلم يذكروا هذا الشرط، لأن الربح عندهم يكون علىٰ قدر المالين وليس علىٰ ما يشترطاه كما تقدم.

8- وأن يكون الربح جزءًا مشاعًا في الجملة: اشترط الحنفية والحنابلة أن يكون الربح جزءًا شائعًا في الجملة لا معينًا؛ فإن عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك لم تصح الشركة؛ لاحتمال أن لا يربحها أو لا يربح غيرها، أو شرطا ربح أحد الثوبين أو إحدىٰ السفرتين، أو ربح تجارة في شهر أو عام بعينه لم تصح الشركة؛ لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره، أو بالعكس فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة، لأن العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح إلا القدر المعين لأحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم.

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 59)، و«الفتاوىٰ الهندية» (2/ 302)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 548)، و«الروض المربع» (2/ 70)، و«منار السبيل» (2/ 181).

وجملته أنه متىٰ جعل نصيب أحد الشركاء دارهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزءًا وعشرة دراهم بطلت الشركة.

قال ابن المنذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم علىٰ إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة.

وممن حفظنا ذلك عنه مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دارهم ونصف الربح وعشرة دارهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة.

وإنما لم يصح ذلك لمعنيين: أحدهما أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل علىٰ جميع الربح، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءًا، وقد يربح كثيرًا فيستضر من شرطت له الدراهم.

والثاني: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر؛ فإذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلومًا به؛ لأن العامل متىٰ شرط لنفسه دراهم ربما توانىٰ في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزءًا من الربح[1].

9- حضور المالين: اشترط الحنفية والحنابلة حضور المالين لكنهما اختلافا هل يكون عند العقد أم عند الشراء.

فقال الحنابلة: يشترط حضور المالين عند العقد فلا تصح الشركة علىٰ مال غائب عن مجلس العقد ولا علىٰ دين في الذمة -؛ فإذا كان لشخص دين

(1) «المغني» (5/ 23)، و«الإجماع» (529)، و«الإشراف» (6/ 209)، و«بدائع الصنائع» (6/ 59)، و«الفتاوىٰ الهندية» (2/ 302)، و«كشاف القناع» (3/ 582)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 550)، و«الروض المربع» (2/ 70)، و«منار السبيل» (2/ 181).

علىٰ آخر، وقال شاركني علىٰ أن رأس المال الذي أدفعه هو الدين الذي لي عند أو عندك فإنه لا يصح؛ لأن الدين مال غائب؛ لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة.

لكن إذا أحضراه وتفرقا، ووجد منهما ما يدل علىٰ الشركة فيه، انعقدت حينئذ[1].

وقال الحنفية: يشترط أن يكون رأس مال الشركة عينًا حاضرًا لا دينًا - أي لا يكون المطلوب من ذمم الناس رأس مال للشركة. مثلًا ليس لاثنين أن يتخذا دينهما الذي في ذمة آخر رأس مال للشركة فيعقدا عليه الشركة، وإذا كان رأس مال أحدهما عينا والآخر دينًا فلا تصح الشركة أيضًا -، ولا مالًا غائبًا؛ فإن كان لا تجوز عنانا كانت أو مفاوضة، لأن المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف، ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود.

وإنما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد، لأن عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتىٰ لو دفع إلىٰ رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بهما وبع فما ربحت يكون بيننا فأقام المأمور البينة إنه فعل ذلك جاز.

وإن لم يكن المال حاضرًا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرًا عند الشراء[2].

---

(1) «المغني» (5/ 12)، و«الإنصاف» (5/ 408)، و«كشاف القناع» (3/ 582)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 547)، و«الروض المربع» (2/ 70)، و«منار السبيل» (2/ 181).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 59)، و«درر الحكام» (3/ 374).

وأما المالكية فقالوا: إذا غاب كلا المالين لم تصح الشركة ولو غاب أحد المالين أو بعضه وكان المال الآخر حاضرًا صحت الشركة بقيدين:

الأول: أن لا تكون الغيبة بعيدة جدًّا بأن قرب كاليوم واليومين.

والثاني: ألا يتجر بالمال الحاضر؛ إلا بعد حضور المال الغائب وقبضه.

فإن بعدت غيبته أكثر من اليومين امتنعت الشركة، وإن كان لا يتجر إلا بعد قبضه وكذا إن قربت غيبته واتجر بالحاضر قبل قبض الغائب لم تصح.

فإن وقع فالربح لما حصل به التجر كما في بعيد الغيبة، قال في «المدونة»: لو أخرج أحدهما ألفًا، والآخر ألفًا منهما خمسمائة غائبة ثم خرج ربها ليأتي بها وخرج بجميع المال الحاضر فلم يجدها فاشترىٰ بجميع ما معه تجارة فإنما له ثلث الفضل أي الربح.

وهذين القيدين لابن يونس ومقتضىٰ كلام اللخمي عدم اعتبارهما[1].

الحكم إذا اختل شرط من هذه الشروط؟

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الشركة إذا فسدت؛ فإن الربح والخسران فيها علىٰ قدر رأس المال فيرجع كل واحد منهما بربح رأس ماله أو بخسران رأس ماله.

لكنهم اختلفوا هل يرجع أحدهما علىٰ الآخر بأجرة عمله في ماله أم لا؟

فقال الجمهور المالكية والشافعية خلافًا للقفال والحنابلة يرجع أحدهما علىٰ الآخر بأجرة عمله في ماله؛ لأنه عقد يُبتغىٰ به الربح في ثاني الحال، فإذا كان فاسدًا.. استحق أجرة عمله فيه، كالقراض.

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 7، 8)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 42)، و«تحبير المختصر» (4/ 241)، و«التاج والإكليل» (4/ 144، 145)، و«منح الجليل» (6/ 257).

وقال الحنفية والقفال من الشافعية: لا يرجع أحدهما على الآخر إذا فسدت الشركة؛ لأن الفاسد كالصحيح في وجوب الضمان وعدمه، والشركة الصحيحة لا يرجع فيها بأجرة العمل، فكذا إن كانت فاسدة.

وهذه نصوص كل مذهب.

قال الحنفية: وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال كألف لأحدهما مع ألفين فالربح بينهما أثلاثًا، وإن كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط، ولو كان لكل مثل ما للآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما؛ لأن الربح في وجوده تابع للمال، كما أن الريع تابع للبذر في الزراعة، والزيادة إنما تستحق بالتسمية، وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال.

والريع عبارة عن الزيادة، يقال: أخرجت الأرض ريعا: أي غلة؛ لأنها زيادة[1].

وقال المالكية: تفسد الشركة بشرط التفاوت في العمل أو الربح عند العقد، كما لو أخرج أحدهما ألفًا مثلًا، والآخر ألفين وشرطا التساوي في الربح والعمل؛ فإن وقع ذلك وعثر عليه قبل العمل؛ فإن عقد الشركة يفسخ وبعد العمل يقسم الربح على قدر المالين ولا يلتفت إلى اشتراطهما التفاوت؛ لأن الشرط كان فاسدًا فيرجع صاحب الألفين بفاضل الربح وهو سدسه وينزعه من صاحب الألف إن كان قبضه ليكمل له ثلثاه ويرجع صاحب الألف بفاضل عمله فيأخذ سدس أجرة المجموع؛ وإنما يرجع أحدهما على الآخر بأجرة

---

(1) «العناية شرح الهداية» (8/ 309)، و«شرح فتح القدير» (6/ 194)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 438)، و«الهندية» (2/ 335).

المثل؛ لأن عقد الشركة المبتغىٰ منه الاشتراك في الربح الحادث، فإذا وقع فاسدًا وجب أن يستحق العامل أجرة مثل عمله علىٰ عامل غيره كالقراض(1).

وقال الشافعية: إذا فسدت الشركة بأن شرط التساوي في الربح والخسران مع التفاضل في المالين أو التفاضل في الربح والخسران مع التساوي في المالين، يرجع كل منهما علىٰ الآخر بأجرة عمله في مال الآخر؛ كالقراض إذا فسد، وكذا يجب لكل منهما ذلك عند فساد الشركة بغير ما ذكر.

فإذا كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم، لأحدهما ألف، وللآخر ألفان، وعقدا الشركة علىٰ أن يكون الربح بينهما نصفين، فإن شرط صاحب الألفين علىٰ نفسه شيئًا من العمل.. كانت الشركة فاسدة؛ فإذا عملا.. قسم الربح والخسران بينهما علىٰ قدر ماليهما، ويرجع كل واحد علىٰ صاحبه بأجرة عمله في ماله؛ لأنه عقد يُبتغىٰ به الربح في ثاني الحال، فإذا كان فاسدًا.. استحق أجرة عمله فيه، كالقراض.

فإن عمل صاحب الألفين علىٰ مال الشركة عملًا أجرته ثلاثمائة، وعمل صاحب الألف علىٰ مال الشركة عملًا أجرته مائة وخمسون..؛ فإن كل واحد منهما يستحق علىٰ شريكه مائة، فيتقاصان.

وإن عمل صاحب الألف علىٰ مال الشركة عملًا أجرته ثلاثمائة، وعمل صاحب الألفين علىٰ مال الشركة عملًا أجرته مائة وخمسون.. ؛ فإن صاحب

---

(1) «الكافي» (1/ 391)، و«الإشراف» (3/ 73، 74) رقم (932)، و«المعونة» (2/ 141)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 13، 14)، و«الذخيرة» (8/ 52)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 45)، و«تحبير المختصر» (4/ 247)، و«مواهب الجليل» (7/ 67)، و«التاج والإكليل» (4/ 149، 150)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (8/ 3، 5).

الألف يستحق علىٰ صاحب الألفين مائتين، ويستحق عليه صاحب الألفين خمسين، فيقاصه بها، ويبقىٰ لصاحب الألف علىٰ صاحب الألفين مائة وخمسون.

وإن عمل كل واحد منهما علىٰ مال الشركة عملًا أجرته مائة وخمسون.. ؛ فإن صاحب الألف يستحق علىٰ صاحب الألفين مائة، ويستحق صاحب الألفين عليه خمسين، فيقاصه بها، ويبقىٰ لصاحب الألف علىٰ صاحب الألفين خمسون.

وإن شرط صاحب الألفين جميع العمل علىٰ صاحب الألف، وشرط له نصف الربح.. ؛ فإن هذه الشركة صحيحة، وقراض صحيح؛ لأن صاحب الألف يستحق ثلث الربح بالشركة؛ لأن له ثلث المال، ولصاحب الألفين ثلثا الربح، فلما شرط جميع العمل علىٰ صاحب الألف، وشرط له نصف الربح.. فقد شرط لعمله سدس الربح، فجاز، كما لو قارضه علىٰ سدس الربح[1].

وقال الحنابلة: متىٰ فقد شرط من شروط الشركة فهي فاسدة وحيث فسدت؛ فالربح علىٰ قدر المالين في شركة عنان ووجوه، لأن الربح استحق بالمالين، فكان علىٰ قدرهما. لا علىٰ ما شرطا لفساد الشركة.

لكن يرجع كل منهما علىٰ صاحبه بأجر نصف عمله لعمله في نصيب شريكه بعقد يبتغىٰ به الفضل في ثاني الحال، فوجب أن يقابل العمل فيه عوض كالمضاربة؛ فإذا كان عمل أحدهما مثلًا يساوي عشرة دراهم، والآخر خمسة، تقاصا بدرهمين ونصف، ورجع ذو العشرة بدرهمين ونصف.

(1) «نهاية المطلب» (7/ 25)، و«روضة الطالبين» (3/ 482، 483)، و«البيان» (6/ 369، 371)، و«مغني المحتاج» (3/ 189)، و«نهاية المحتاج» (5/ 14)، و«الديباج» (2/ 300)، و«النجم الوهاج» (5/ 17).

وقسمت أجرة ما تقبلاه في شركة الأبدان إذا فسدت بالسوية ويرجع كل واحد منهما فيها علىٰ الآخر بأجرة نصف عمله لما تقدم[1].

إذا هلك مال الشركة قبل الشراء:

اختلف الفقهاء في مال الشركة إذا تلف كله أو تلف أحد المالين، هل يكون من ضمانهما إذا خلطا المال أو لم يخلطا أم يكون من ضمان صاحبه.

فقال الحنفية: إذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة، وكذا لو هلك أحد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه أو يد شريكه؛ لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة، أما الأول فلأن مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق علىٰ ملكه وأما بطلان الشركة فلأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال المعين، لأنه يتعين بالتعيين في الشركة والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة.

وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان، وكذا إذا هلك أحدهما، لأن الشريك الذي لم يهلك ماله لم يرض بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه هو أيضًا في ماله بتقدير بقائه؛ فإذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وهي الاشتراك فيما يحصل.

فإن اشترىٰ أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترىٰ بينهما علىٰ ما شرطا، لأن الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء، لأن

(1) «شرح الزركشي» (2/ 146)، و«كشاف القناع» (3/ 591)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 560، 561)، و«مطالب أولي النهىٰ» (3/ 511)، و«منار السبيل» (2/ 181).

الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه فلا يتغير حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك[1].

وقال الشافعية: إذا تلف أحد المالين قبل الخلط وقبل التصرف تلف على صاحبه فقط وتعذر إثبات الشركة في الباقي[2].

وقال الحنابلة: إن تلف أحد المالين أو بعضه ولو قبل الخلط فالتالف من ضمانهما معًا، لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منها وزيادته لها.

فالوضيعة ولو في أحد المالين قبل الخلط عليهما على قدر المال بالحساب؛ لأنها عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بالقدر؛ فيكون النقص منه دون غيره، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن أو غير ذلك[3].

وقال المالكية في المشهور: ما تلف من مال الشركة قبل الخلط فمن ربه دون صاحبه، إن كان مال الشركة مثليًّا؛ كعين وإلا بأن حصل التلف بعد الخلط أو كان المال عرضًا فمنهما الضمان معًا، ولا يختص برب المال، ثم إذا تلف شيء قبل الخلط - وقلنا ضمانه من ربه فقط - فالشركة لم تنفسخ؛ لأنها لازمة بالعقد.

ويكون ما اشترى بالسالم بينهما على ما دخلا عليه من مناصفة أو غيرها، وعلى المال التالف ثمن ما يخصه من الشركة نصفًا أو أقل أو أكثر، أي فإذا

(1) «بدائع الصانع» (6/ 60)، و«شرح فتح القدير» (6/ 179، 180)، و«الهداية» (3/ 8)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 431)، و «مجمع الضمانات» (640)، و«الهندية» (2/ 320).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 475)، و«مغني المحتاج» (3/ 186) و«نهاية المحتاج» (5/ 8)، و«النجم الوهاج» (5/ 14)، و«أسنى المطالب» (2/ 254).

(3) «المغني» (5/ 12)، و«كشاف القناع» (3/ 584).

اشترىٰ بالسالم سلعة بمائة فعلىٰ الذي تلف ماله نصف المائة حيث كانت الشركة علىٰ المناصفة.

ولا فرق في الخلط بين كونه حسًا بأن لا يتميز مال أحدهما من الآخر، أو حكمًا بأن جعلا مجموع المالين ببيت واحد، وجعلا عليه قفلين بيد كل منهما مفتاح الآخر، أو جعل كل منهما ذهبه في صرة وجعلاهما تحت يد أحدهما أو في تابوته أو خرجه(1).

وفي «المدونة» (في الشركة بالمالين يضيع أحد المالين).

قلت: أرأيت إن اشترك رجلان، من عند كل واحد منهما ألف درهم، فأخرج كل واحد منهما ألفه فصرها،وجعل كل واحد منهما ألفه عنده، ولم يخلطاها حتىٰ ضاعت إحدىٰ الألفين؟

قال: سئل مالك عنها فقال: إذا كان في يد كل واحد منهما دراهمه ولم يخلطاها، فضاع منها شيء، فهو من عند صاحبه الذي ضاع منه، لأن هذين لم يخلطا المال الذي اشتركا به. قال مالك: فلو كانا قد صرَّ كل ألف في خرقة علىٰ حدة، ثم جمعاهما عند أحد الشريكين، أو جعلاهما في خرج أحدهما، فضاعت من أحدهما، كانت المصيبة منهما جميعًا، وإن كانت كل واحدة منهما في خريطتها لم يخلطاها.

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 6، 7)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 41)، و«تحبير المختصر» (4/ 239، 241)، و«مواهب الجليل» (7/ 61، 62)، و«التاج والإكليل» (4/ 143، 144)، و«البهجة في شرح التحفة» (2/ 351)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (7/ 491).

قال: وسألنا مالكًا: عن الرجلين يشتركان بمائتي دينار، يخرج أحدهما مائة دينار عتقًا، وهذا مائة دينار هاشمية، فاشتركا، ثم ضاعت إحدىٰ المائتين، وقد كانت كل واحدة منهما في خريطة؟

قال: إن كانتا كل واحدةٍ منهما مع صاحبها فمصيبتها منه، وإن كانا قد جمعاها في خُرجٍ أو مع أحدهما إلا أن كل واحدةٍ منهما مصرورة علىٰ حدةٍ فأصيبت إحداهما؟

قال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المصيبة منهما جميعًا إذا جعلاها عند أحدهما، أو جمعاها في خرج أحدهما. فلو كان هذا عند مالك مكروهًا لقال لنا: لا خير في هذه الشركة، ولكان ينبغي في قوله: إن كان هذا مكروهًا، أن يجعل المصيبة فيه من الذي ذهبت دنانيره.

قال: وإنما جوزه مالك عندي، لأنه لا فضل فيما بين العتق والهاشمية في العين، وعلىٰ هذا حمله مالك علىٰ أنه لا فضل بينهما.

قلت: أرأيت شريكين اشتركا، ورأس مال كل واحدٍ منهما ألف درهم، علىٰ أن يشتريا جميعًا التجارات، وألف كل واحد منهما معه لم يخلطاها، حتىٰ اشترىٰ أحدهما بألف جارية علىٰ الشركة، وتلفت الألف التي لشريكه قبل أن يشتري بها شريكه سلعة؟

قال: أرىٰ الجارية بينهما، ومصيبة الألف من صاحب الألف، لأن مالكًا قال لي غير مرة في الرجلين يشتركان بمالين، ورأس مال كل واحد منهما ألف، وهي في يدي صاحبها، قال: مصيبة مال كل واحدٍ منهما من نفسه إلا أن يخلطا ذلك أو يجمعا ذلك في خرج واحدٍ.

وإن كانت كل ألف مصرورة علىٰ حدة، فضاعت ألف أحدهما بعد ما فعلا ما وصفت لك؟

قال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فالمصيبة منهما جميعًا. والذي ذكرت أنهما لم يخلطا، فهذا لما اشترىٰ الجارية فقد فعل في ألفه ما أمره به صاحبه. فمصيبة الجارية منهما جميعًا، وضياع الألف التي لم يفعل فيها صاحبها شيئًا من صاحبها[1].

إذا عمل أحد الشركيين في شركة العنان أو المفاوضة ولم يعمل الآخر:

قال الحنفية: وإن عمل أحدهما في المالين في شركة عنان أو مفاوضة، ولم يعمل الآخر لعذر، أو لغير عذر: صار كأنهما عملا جميعًا والربح بينهما علىٰ الشرط، لأن استحقاق الربح في الشركة بالأعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل أن المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح وإن لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة علىٰ قدر المالين لما قلنا[2].

وقال الحنفية أيضًا: وإذا اشتريا شريكي العنان أمتعة، ثم قال أحدهما لصاحبه: لا أعمل معك بالشركة، وغاب، فعمل الحاضر بالأمتعة، فما اجتمع كان للعامل، وهو ضامن لقيمة نصيب شريكه، لأن قوله: لا أعمل معك، بمنزلة قوله: فاسختك الشركة، وأحد الشريكين إذا فسخ الشركة، ومال الشركة عروضا، صح فسخه بخلاف المضاربة.

والفرق أن مال الشركة في أيديهما معا وولاية التصرف إليهما جميعًا فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقدًا كان أو عروضًا بخلاف مال المضاربة؛

(1) «المدونة الكبرىٰ» (5/ 70، 71).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 63)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 429)، و«العناية» (8/ 276)، و«المحيط البرهاني» (5/ 596)، و«البحر الرائق» (5/ 196)، و «مجمع الضمانات» (2/ 647).

لأنه بعدما صار عروضًا ثبت حق المضارب فيه؛ لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه[1].

ما يجوز للشريكين أن يفعلاه في مال الشركة وما لا يجوز:

1- السفر بمال الشركة:

اتفق الفقهاء علىٰ أن أحد الشريكين لو أذن للشريكه بالسفر بمال الشركة فسافر؛ فإنه لا يضمن إذا تلف مال الشركة.

واتفقوا أيضًا علىٰ أنه لو نهىٰ شريكه عن السفر بمال الشركة فسافر بعد النهي وتلف مال الشركة؛ فإنه يضمن حصة شريكه؛ لأنه يكون قد نقل حصة شريكه بلا إذن، وكذلك لو قال أحدهما لآخر: اذهب أنت حتىٰ دمشق الشام ولا تتجاوزها؛ فإذا تجاوز دمشق وذهب إلىٰ بغداد وتلف مال الشركة يضمن حصة شريكه.

واختلفوا هل يجوز لأحد الشريكين أن يسافر بمال الشركة بدون إذن الآخر أم لا يجوز؟

فذهب الأمام أبو حنيفة في الصحيح عنه ومحمد بن الحسن- وهو قول المالكية في شركة المفاوضة- والحنابلة كما سيأتي مفصلًا- إلىٰ أنه يجوز لأحد شريكي العنان أن يسافر بمال الشركة بغير إذن الآخر، أي أنه إذا أراد السفر فله أخذ مال الشركة في صحبته سواء كان هذا المال محتاجًا للحمل والمئونة أو لا يحتاج، والتجار يعدون المئونة ومصارف النقل ملحقة برأس المال ولا يعدونها

---

(1) «البحر الرائق» (5/ 199)، و«مجمع الضمانات» (2/ 642)، وابن عابدين (4/ 327)، و«تنقيح الفتاوىٰ الحامدية» (2/ 117)، و«الهندية» (2/ 327).

من باب الغرامة، ووجهه أن الإذن بالتصرف ثبت بمقتضى الشركة؛ لأنها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل، ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع؛ لأنه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ما أن الشريك يملك أمرًا زائدًا لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلأن يملكه الشريك أولى.

وعلى قول من يجوز المسافرة لشريك العنان، لو أُذِن له بالمسافرة نصًّا، أو قال له: اعمل فيه برأيك، فسافر، كان له أن ينفق على نفسه من كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من جملة رأس المال، في رواية الحسن عن أبي حنيفة.

قال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهذا استحسان؛ فإن ربح تحسب النفقة من الربح، وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال، لأن النفقة جزء تالف من المال؛ فإن كان هناك ربح فهو منه وإلا فهو من الأصل كالمضارب. والقياس أن لا يكون له ذلك، لأن الإنفاق من مال الغير لا يجوز إلا بإذنه نصًا.

وجه الاستحسان العرف والعادة، لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط، ولأن الظاهر هو التراضي بذلك، لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون؛ لأنه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان إقدامهما على عقد الشركة دليلًا على التراضي بالنفقة من مال الشركة، ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه؛ كالمضارب، لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعًا كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال؛ كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك كذا هذا.

وذهب المالكية والشافعية وأبو يوسف وأبو حنيفـة في رواية عنه وأحمد في رواية أنه لا يجوز لأحد الشريكين أن يسافر بمال الشركة بدون إذن شريكه؛ فإن سافر ضمن ما تلف أو ضاع من مال الشركة؛ لأن السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه.

وعن أبي يوسف في رواية: فرق بين السفر القريب والبعيد، فقال: إذا كان لا يغيب ليلًا عن منزله، كان بمنزلة المصر.

وعنه في رواية: يجوز المسافرة بما لا حمل له ولا مؤنة، ولا يجوز بما له حمل ومؤنة، لأن ما له حمل إذا احتاج شريكه إلىٰ رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له.

وقال الشافعية: وإن عقد الشركة بمفازة لم يضمن بالسفر إلىٰ مقصده، لأن القرينة قاضية له بذلك، ومثل ذلك ما لو جَلىٰ أهل بلدٍ لقحط أو عدو ولم تمكنه مراجعة الشريك أن له السفر بالمال، بل يجب عليه.

وكذا من جرت عادتهم بالذهاب إلىٰ أسواق متعددة ببلاد مختلفة؛ كبعض بائعي الأقمشة فيجوز له السفر بالمال علىٰ العادة ولو في البحر حيث غلبت السلامة، وينبغي الاكتفاء بالإذن له في السفر علىٰ وجه التعميم أو يطلق الإذن فيحمل علىٰ العموم.

وأما الحنابلة فقالوا في الصحيح من المذهب: للشريك السفر مع أمن البلد والطريق؛ كولي اليتيم لانصراف الإذن المطلق إلىٰ ما جرت به العادة، وعادة التجار جارية بالتجارة سفرًا وحضرًا فلو سافر والغالب العطب ضمن لتفريطه، وكذا لو سافر فيما ليس الغالب السلامة فيه وكذا حكم المضاربة، ولو استوىٰ

الأمران لتفريطه، ومثله ولي اليتيم ومضارب، وإن لم يعلما، -أي: الشريك وولي اليتيم ومثله المضارب- بخوفه، أي: البلد أو الطريق أو لم يعلما بفلس مشترٍ لم يضمنا ما فات بذلك؛ لأنهما لا يعدان مفرطين.

وإن علم الشريك أو ولي يتيم عقوبة سلطان ببلد يأخذ مالًا فسافر إليه فأخذه، ضمن المال لتعريضه المال للآخذ(1).

2- الإبضاع والمضاربة بمال الشركة:

الإبضاع: مصدر أبضع، ومنه البضاعة، والبضاعة من معانيها القطعة من المال تبعث للتجارة، وأبضعه البضاعة أعطاه إيَّاها.

ويعرف الفقهاء الإبضاع: بأنه بعث المال مع من يتجر به تبرعًا، والربح كله للعامل وشريكه، والأصل أن يكون الإبضاع تبرعًا من العامل، واعتبره المالكية إبضاع ولو كان بأجر.

وحكم الإبضاع: الجواز لكونه سبيلًا إلىٰ نماء المال، وهو في مصلحة الشركاء، وهو من عادة التجار التي تقوم علىٰ التعاون في عرض سلع بعضهم والتناوب في حضور الأسواق.

والمضاربة: هي أن يدفع المال لمن يعمل به ويكون الربح بينهما علىٰ ما يتفقان عليه.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 71، 72)، «مجمع الضمانات» (2/ 642)، و«درر الحكام» (3/ 424، 430)، و«الفواكه الدواني» (2/ 121)، و«روضة الطالبين» (3/ 481)، و«مغني المحتاج» (3/ 188)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 11)، و«النجم الوهاج» (5/ 15)، و«الديباج» (2/ 299)، و«حواشي الشرواني» (5/ 290)، و«الفروع» (4/ 290)، و«المبدع» (5/ 11)، و«الإنصاف» (5/ 418، 419)، و«كشاف القناع» (3/ 587، 588)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553، 554).

واختلف الفقهاء هل يجوز لأحد الشريكين أن يبضع أو أن يضارب أو يشارك بمال الشركة بدون إذن الآخر أم لا يجوز؟

فذهب **الحنفية والمالكية وأحمد في رواية** إلىٰ أنه يجوز لكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال؛ لأنه معتاد في عقد الشركة من المتشاركين؛ ولأنه له أن يستأجر علىٰ عمل التجارة والتحصيل للربح بغير عوض دونه وأنه أقل ضررًا؛ فإذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل.

وكذا له أن يودعه؛ لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدًّا.

ويجوز أن يدفعه مضاربة في الأصح عند الحنفية؛ لأن الوضيعة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه ليس له ذلك، لأن المضاربة نوع شركة؛ لأن رب المال مع المضارب يشتركان في الربح، وهو لا يملك الشركة بإطلاق العقد فلا يملك المضاربة.

والأصح هو الأول وهو رواية الأصل، لأن الشركة غير مقصودة؛ وإنما المقصود تحصيل الربح فصار كما إذا استأجره بأجرة ليعمل له بعض أعمال التجارة بل أولىٰ، لأن الأجير يستحق الأجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئًا بعمله إلا إذا كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولىٰ.

والاستدلال بالشركة غير سديد؛ لأن الشركة فوق المضاربة؛ لأنها توجب الشركة في الأصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل والشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله، ولهذا لا يملك

المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد، لأن المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل؛ لأنه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره بإطلاق الوكالة، لأن الوكالة مثل الوكالة، وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمله في مال المضاربة، لأن تصرف الشريك أقوىٰ من تصرف المضارب وأعم منه فما كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولىٰ وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة، لأن المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو آجر نفسه[1].

قال المالكية: يجوز لأحد شريكي المفاوضة والعنان أن يبضع المال دون إذن الآخر بأن يدفع مالًا لمن يشتري به بضاعة من بلد كذا كان بأجرة أم لا، لكن إن كانت بأجر تسمىٰ بضاعة بأجر.

وكذلك يجوز له المقارضة، أي: يدفع مالًا من مال الشركة قراضًا لشخص يعمل فيه بجزء من ربحه معلومًا، وقيد اللخمي كلا منهما بما إذا كان المال واسعًا يحتاج فيه إلىٰ مثل ذلك[2].

ملاحظة: أشكل النقل عند المالكية هل هذه الأمور التي تجوز للشريك المفاوضة جائزة أيضًا لشريك العنان أم لا؟

(1) «بدائع الصانع» (6/ 68، 69)، و«شرح فتح القدير» (6/ 183، 184)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 432)، و«الهداية» (3/ 9)، و«العناية» (8/ 289)، و «مجمع الضمانات» (2/ 639)، و«اللباب» (1/ 532)، و«مختصر الوقاية» (2/ 182).

(2) «المدونة» (13/ 75)، و«الشرح الكبير» (5/ 9)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 43)، و«تحبير المختصر» (4/ 243)، و«مواهب الجليل» (7/ 64)، و«التاج والإكليل» (4/ 147)، و«الفواكه الدواني» (2/ 121).

نقل الدردير في «الشرح الكبير»: (وله) أي لأحد المتفاوضين (أن يتبرع) بشيء من مال الشركة (إن استألف به) للتجارة، وهذا وما بعده يجري في شركة العنان أيضًا[1] ثم ذكر ما يجوز بعد ذلك لأحد الشريكين فعله دون إذن الآخر.

فجعل كل ما هو جائز في شركة المفاوضة لأحد الشريكين جائز في شركة العنان.

وقال النفراوي المالكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تنبيهات: الأول: أجمل المصنف حيث لم يبين هل يجوز للشريك التصرف بغير إذن شريكه أو يتوقف علىٰ إذنه ومحصلة علىٰ ما قاله خليل: أنه إن أطلق كل واحد لصاحبه التصرف في العقد أو بعده كانت شركة مفاوضة يجوز لكل واحد التصرف بالمصلحة من غير إذن شريكه فيبيع ويشتري ويقبل ويولي ويقبل العيب، وإن أبىٰ شريكه وإن لم يطلق له بأن سكت كل حين العقد أو حجر علىٰ صاحبه باللفظ كانت شركة عنان، أي: إذن وهي جائزة أيضًا إلا أنه لا يجوز له التصرف في هذه إلا بإذن صاحبه[2].

فجعل شركة العنان مخالفة لشركة المفاوضة، وأنه لا يجوز لشريك العنان أن يفعل شيئًا في مال الشركة إلا بإذن شريكه.

وهو أيضًا ما يفهم من كلام الخرشي حيث قال: (ص) وإن شرطا نفي الاستبداد فعنان (ش) لما أنهىٰ الكلام علىٰ شركة المفاوضة شرع في الكلام علىٰ شركة العنان وهي بكسر العين وتخفيف النون، والمعنىٰ أن شركة العنان جائزة لازمة مأخوذة من عنان الدابة، أي: كل واحد من الشريكين شرط علىٰ

(1) «الشرح الكبير» (5/ 9).
(2) «الفواكه الدواني» (2/ 121).

صاحبه أن لا يستبد بفعل شيء في الشركة إلا بإذن شريكه ومعرفته فكأنه أخذ بعنانه، أي: بناصيته أن لا يفعل فعلًا إلا بإذنه[1].

لكن لما كان قول الدردير واضحًا مشيت عليه والله أعلم بالصواب.

وذهب الشافعية والحنابلة في المذهب إلىٰ أنه ليس للشريك أن يبضع من مال الشركة بغير إذن شريكه وهو أن يدفع من مال الشركة إلىٰ من يتجر فيه والربح كله للدافع وشريكه، لما فيه من الغرر؛ ولأنه لم يرض بغير يده فلو فعل ضمن؛ فإن فعل بإذنه جاز.

وكذا لا يجوز له أن يضارب بمال الشركة لإثباته في المال حقوقًا واستحقاق ربحه لغيره[2].

3- الشركة بمال الشركة:

اختلف الفقهاء هل يجوز لأحد الشريكين أن يشارك آخر بمال الشركة بدون إذن الآخر أم لا يجوز؟

فذهب الحنفية إلىٰ أنه ليس لأحد الشريكين في شركة العنان أن يشارك إلا أن يؤذن له بذلك، لأن الشيء لا يستتبع مثله؛ فإن شارك رجلًا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين؛ لأنه إن كان لا يملك الشركة

(1) «شرح مختصر خليل» (6/ 49).

(2) «مغني المحتاج» (3/ 188)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 11)، و«النجم الوهاج» (5/ 15)، و«الديباج» (2/ 299)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 257)، و«المغني» (5/ 14)، و«المحرر» (1/ 351)، و«الفروع» (4/ 290)، و«الإنصاف» (5/ 417)، و«كشاف القناع» (3/ 586، 587)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 555)، و«مطالب أولىٰ النهي» (2/ 507).

في حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما.

وإن اشترىٰ الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شيء للأجنبي فيه، لأنه لم يوكله فبقي ما اشتراه علىٰ حكم الشركة.

وقال **الحسن بن زياد** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا شارك أحد شريكي العنان رجلًا شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان، لأن المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان، لأن المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخًا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وإن كان بمحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك إبطال لشركة العنان؛ لأنه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه.

وأما شركة المفاوضة فيجوز لشريك المفاوضة أن يشارك شركة عنان عند أبي يوسف ومحمد؛ لأن شركة العنان أخص من شركة المفاوضة فكانت دونها؛ فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة؛ لأنها دونها فتتبعها، ولأن الأب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض علىٰ شريكه من طريق الأولىٰ.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز له ذلك، لأنه يوجب للشريك الثالث حقًا في مال شريكه وذلك لا يجوز إلا بإذنه.

هذا إذا شارك رجلًا شركة عنان، فأما إذا فاوض جاز عليه وعلىٰ شريكه ذكره محمد في الأصل.

وقال **أبو يوسف** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوز وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وجه قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن عقد المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر.

ولأبي يوسف أن المفاوضة شركة مثل المفاوضة والشيء لا يستتبع مثله[1].

قال المالكية: يجوز لأحد شريكي المفاوضة والعنان أن يشارك شخصًا أجنبيًّا في شيء معين من مال الشركة بغير إذن شريكه والمراد بالمعين أن يشارك ببعض مال الشركة بحيث لا تجول يد من يشاركه في مال الشركة ولو شارك في ذلك البعض مفاوضة[2].

وذهب الشافعية والحنابلة إلىٰ أنه ليس للشريك أن يشارك من مال الشركة بغير إذن شريكه لإثباته في المال حقوقًا واستحقاق ربحه لغيره[3].

4- إيداع مال الشركة:

اختلف الفقهاء في الشريك هل يجوز له أن يودع مال الشركة بغير إذن شريكه أم لا؟

فذهب الحنفية والحنابلة في المذهب إلىٰ أنه يجوز لأحد الشريكين أن يودع مال الشركة بغير إذن الآخر إذا كان لحاجة؛ لأنه عادة التجار وقد تدعو الحاجة إلىٰ الإيداع؛ لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلىٰ الحمال، ولأن للشريك أن يدفع مال الشركة لمن يحفظه بأجر، فلأن يدفعه لمن يحفظه بلا أجر -وهو المودَع- أولىٰ.

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 69، 74)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 433).

(2) «الشرح الكبير» (5/ 9)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 43)، و«تحبير المختصر» (4/ 243)، و«التاج والإكليل» (4/ 147).

(3) «النجم الوهاج» (5/ 15)، و«الديباج» (2/ 299)، و«المغني» (5/ 15)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 555).

وعن الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ رواية: لا يجوز، لأنه ليس من الشركة وفيه غرر[1].

وقال المالكية: يجوز للشريك أن يودع مال الشركة لعذر كنزوله في محل خوف بغير إذن شريكه؛ فإن أودع لغير عذر وتلف المال؛ فإنه يضمن وسواء كان المال واسعًا أم لا؟ ويصدق في دعوىٰ العذر[2].

ولو أودع رجل عند رجل عينًا، فباعها المودع.. فإنه يضمن ذلك بنفس البيع وإن لم يسلم؛ لأن المودع لا يجوز له البيع بالإجماع[3].

5- البيع نسيئة:

اختلف الفقهاء هل يجوز لأحد الشريكين أن يبيع نسيئة بدون إذن الآخر أم لا يجوز؟

فذهب الشافعية والحنابلة في رواية إلىٰ أنه لا يجوز لأحد الشريكين أن يبيع نسيئة بغير إذن شريكه، لأن فيه تغريرا بالمال؛ فإن فعل صح في نصيبه فتفسخ الشركة فيه ويصير مشتركًا بين المشتري والشريك[4].

---

(1) «الجوهرة النيرة» (3/ 432)، و«الهداية» (3/ 9)، و«العناية» (8/ 289)، و«مختصر الوقاية» (2/ 182)، و«درر الحكام» (2/ 196)، و«المغني» (5/ 14)، و«المحرر» (1/ 351)، و«الفروع» (4/ 290)، و«الإنصاف» (5/ 417)، و«كشاف القناع» (3/ 587)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 555)، و«مطالب أولىٰ النهي» (2/ 507).

(2) «الشرح الكبير» (5/ 9)، «شرح مختصر خليل» (6/ 43)، و«تحبير المختصر» (4/ 243)، و«مواهب الجليل» (7/ 64)، و«التاج والإكليل» (4/ 147)، و«الفواكه الدواني» (2/ 121).

(3) «البيان» (6/ 381)، و«الإجماع» (565).

(4) «روضة الطالبين» (3/ 480)، و«مغني المحتاج» (3/ 188)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 10)، و«النجم الوهاج» (5/ 15)، و«الديباج» (2/ 299)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 257).

وذهب الحنفية والحنابلة في المذهب إلىٰ أنه يجوز للشريك- المفاوضة والعنان- البيع نساء أي إلىٰ أجل معلوم، لأن الإذن بالبيع بمقتضىٰ الشركة وجد مطلقًا، ولأن الشركة تنعقد علىٰ عادة التجار ومن عادتهم البيع نقدًا ونسيئة، ولأن المقصود الربح وهو في هذه أكثر، ومهما فات من الثمن لم يلزمه ضمانه، إلا أن يفرض ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر علىٰ المشتري(1).

وقال المالكية: يجوز لأحد شريكي المفاوضة والعنان أن يبيع بالدين نسيئة أي بثمن معلوم إلىٰ أجل معلوم؛ فإن باع بالدين وفلس المشتري أو مات معدمًا ضاع الثمن عليهما معًا لا علىٰ البائع وحده.

وأما الشراء ففيه قولان للمالكية:

أحدهما: لا يشتري بالدين في شيء غير معين، فلا يجوز لأحدهما ولا لهما لئلا يأكل شريكه ربح ما لم يضمن، لأن ضمان الدين من المشتري.

فإن أشتري بالدين بغير إذن شريكه خير شريكه بين القبول والرد فيكون الثمن علىٰ المشتري خاصة؛ فإن أذن له في شراء سلعة معينة بالدين جاز، وإن لم تكن معينة بأن قال له: كل سلعة وجدتها وأعجبتك فاشترها بالدين فلا يجوز.

(1) «بدائع الصانع» (6/ 68)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 432)، و«شرح فتح القدير» (6/ 155)، و«البحر الرائق» (5/ 182)، و«اللباب» (1/ 532)، وابن عابدين (4/ 305)، و«المغني» (5/ 14)، و«الكافي» (2/ 260)، و«المحرر» (1/ 351)، و«المبدع» (5/ 10)، و«الفروع» (4/ 290)، و«الإنصاف» (5/ 415، 416)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553)، و«مطالب أولىٰ النهي» (2/ 503).

والثاني وهو المذهب: أنه يجوز شراء أحد الشريكين بالدين إذ لا بد للناس من ذلك وحينئذٍ فلا فرق بين البيع بالدين والشراء[1].

6- البيع بغبن فاحش:

قال الحنفية: لكل واحد من الشريكين أن يبيع بقليل الثمن وكثيرة؛ لأن الإذن بالبيع بمقتضىٰ الشركة وجد مطلقًا، ولأن الشركة تنعقد علىٰ عادة التجار ومن عادتهم هذا إلا بما لا يتغابن الناس في مثله، لأن المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنىٰ من العقد دلالة.

وقيل: أنه مبني علىٰ الخلاف في الوكالة بالبيع مطلقًا؛ فيجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع بما عز وهان عند أبي حنيفة؛ وعندهما لا يجوز إلا بمثل قيمته، أو بنقصان لا يتغابن فيه[2].

وقال الشافعية: وتصرف الشريك؛ كتصرف الوكيل فلا يبيع ولا يشتري بغبن فاحش إلا بإذن الشريك.

فإن باع بالغبن الفاحش لم يصح في نصيب شريكه ويصح في نفسه علىٰ الصحيح في المذهب وتنفسخ الشركة في المشترىٰ أو المبيع ويصير مشتركًا بين البائع أو المشتري، والشريك إن اشتراه بعين مال الشركة.

وإن اشترىٰ في الذمة لم يقع للشريك وعليه وزن الثمن من خالص ماله.

وإن باع أحد الشريكين شيئًا من مال الشركة بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله.. بطل البيع في نصيب شريكه؛ لأن مطلق الإذن يقتضي البيع

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 10،9)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 44)، و«تحبير المختصر» (4/ 244)، و«التاج والإكليل» (4/ 147)، و«الفواكه الدواني» (2/ 121).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 68)، «الجوهرة النيرة» (3/ 433).

بثمن المثل، وهل يبطل البيع في نصيب البائع؟ فيه قولان، بناء على القولين في تفريق الصفقة.

فإذا قلنا: يبطل البيع في نصيب البائع.. فهما على الشركة كما كانا.

وإن قلنا: لا يبطل.. بطلت الشركة بينهما في المبيع؛ لأن حصته منه صارت للمشتري بالابتياع، فيكون المشتري شريك شريكه.

قال أبو إسحاق رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا يضمن البائع نصيب شريكه ما لم يسلمه؛ لأن ذلك موضع اجتهاد لوجود الاختلاف فيه[1].

وقال الحنابلة: لا يجوز لأحد الشريكين أن يحابي فيبيع بأنقص من ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه، لأن الشركة انعقدت على التجارة بالمال وهذه ليست منها، ولأنه تبرع وليس له التبرع، ولمنفاته مقصود الشركة وهو طلب الربح[2].

7- التبرع والإقراض بمال الشركة:

قال المالكية: يجوز لأحد شريكي المفاوضة والعنان من غير إذن شريكه أن يتبرع بشيء من مال الشركة من هبة ونحوها بشرط أن يفعل ذلك استئلافًا للشركة ليرغب الناس في الشراء منه؛ لأنه يعود بنفع على المال وكذلك يجوز له أن يتبرع بشيء خفيف من مال الشركة ولو كان بغير استئلاف؛ كإعارة آلة

---

(1) «البيان» (6/ 380، 381)، و«روضة الطالبين» (3/ 480، 481)، و«مغني المحتاج» (3/ 188)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 11)، و«النجم الوهاج» (5/ 15)، و«الديباج» (2/ 299)، و«أسنى المطالب» (2/ 257).

(2) «المغني» (5/ 13)، و«الكافي» (2/ 261)، و«المبدع» (5/ 9)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 554).

كماعون ودفع كسرة لسائل أو شربة ماء أو غلام لسقي دابة والكثرة والقلة بالنسبة لمال الشركة[1].

وذهب جمهور الفقهاء الحنفية والحنابلة في المذهب إلىٰ أنه لا يجوز لأحد الشريكين أن يتبرع من مال الشركة ولا أن يهب، ولا أن يقرض، لأن القرض تبرع وهو لا يملكه. لأنه إنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها وعن الإمام أحمد أنه يجوز له أن يتبرع ببعض الثمن لمصلحة[2].

وقال الشافعية: إن قال أحدهما لصاحبه بع بما ترىٰ وجب مراعاة النظر، لأن فيه تفويضًا لرأيه وهو يقتضي النظر بالمصلحة.

وإن قال: بع بما شئت كان له أن يبيع بالمحاباة[3].

8- التوكيل بالبيع والشراء في مال الشركة:

ذهب الحنفية والحنابلة في قول إلىٰ أنه يجوز لكل واحد من الشريكين أن يوكل غيره بالبيع والشراء، وذلك لعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالبًا وهذه قرائن تدل علىٰ الإذن في التوكيل في البيع والشراء، ولأن الشركة تنعقد علىٰ عادة التجار، والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم؛ ولأنه من ضرورات التجارة؛ لأن التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه، فيحتاج إلىٰ التوكيل؛ فكان التوكيل من ضرورات التجارة.

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 10،9)، «شرح مختصر خليل» (6/ 43)، و«تحبير المختصر» (4/ 243)، و«مواهب الجليل» (7/ 63، 64)، و«التاج والإكليل» (4/ 146، 147).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 71)، «الجوهرة النيرة» (3/ 433)، و«المغني» (5/ 15)، و«المبدع» (5/ 9)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 554).

(3) «نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 11)، و«النجم الوهاج» (5/ 15).

فإن أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة إن كان في بيع أو شراء أو إجارة؛ لأن كل واحد منهما لما ملك التوكيل علىٰ صاحبه ملك العزل عليه؛ ولأن الموكل وكيل لشريكه؛ فإذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله، وإن كان وكيلا في تقاضي ما داينه، فليس للآخر إخراجه، لأنه لا يملك أن يوكل شريكه، فلا يملك أن يعزل وكيله عنه.

وذهب الحنابلة في المذهب -وهو مقتضىٰ مذهب الشافعية- إلىٰ أنه لا يجوز للشريك أن يوكل في البيع والشراء إذا لم يعجز عنه وهو القياس عند الحنفية، لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل أن يوكل غيره، لأن الموكل أي شريكه إنما رضي برأيه ولم يرض برأي غيره[1].

9- الرهن والارتهان:

اختلف الفقهاء هل يجوز لأحد الشريكين أن يرهن بالدين الذي عليهما أو بالدين الذي لهما؛ أم لا يجوز؟

فذهب الحنابلة في المذهب إلىٰ أنه يجوز لأحد الشريكين عند الحاجة أن يرهن بالدين الذي عليهما أو يرهن بالدين الذي لهما، لأن الرهن يراد للإيفاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الإيفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما. ولا فرق بين من يلي العقد وغيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له.

وذهب الحنابلة في رواية إلىٰ أنه ليس له ذلك، لأن فيه خطرًا[2].

(1) «بدائع الصانع» (6/ 69)، «الجوهرة النيرة» (3/ 432)، و«مختصر الوقاية» (2/ 183)، و«المغني» (5/ 14)، و«المبدع» (5/ 11)، و«الإنصاف» (5/ 417).

(2) «المغني» (5/ 14)، و«الفروع» (4/ 290)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553).

أما الحنفية فقالوا: يجوز لأحد شريكي المفاوضة أن يرهن ويرتهن واختلفوا في شريكي العنان هل يجوز له ذلك أم لا؟

ففي بعض نسخ مختصر القدوري أنه أثبت له الرهن والارتهان وهو أيضًا ما ذكره الكاساني حيث قال: وله أن يرهن متاعا من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء، وأن يرتهن بما باعه، لأن الرهن إيفاء الدين والارتهان استيفاؤه، وأنه يملك الإيفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان.

وأغلب كتب الحنفية تقول: أنه لا يجوز لشريك العنان أن يرهن أو يرتهن إلا بإذن شريكه[1].

وأما المالكية والشافعية فلم أقف لهم علىٰ حكم الرهن والارتهان لأحد الشريكين، وإن كان الظاهر من مذهبهم أنه لا يجوز لأحدهما أن يفعل ذلك إلا بإذن الآخر. وقد نص الإمام الشافعي في «الأم» علىٰ عدم جواز الرهن والارتهان للمقارض، كما سيأتي إن شاء الله في المقارضة.

10- الحوالة بثمن البضاعة:

نص الحنفية، والحنابلة إلىٰ أنه يجوز لأحد الشريكين أن يحتال.

قال الحنفية: وله-أي الشريك- أن يحتال، لأن الحوالة من أعمال التجارة، لأن التاجر يحتاج إليها لاختلاف الناس في الملاءة والإفلاس وكون بعضهم أملأ من بعض وفي العادة يختار الأملأ فالأملأ فكانت الحوالة وسيلة إلىٰ الاستيفاء فكانت في معنىٰ الرهن في التوثق للاستيفاء، ولأن الاحتيال تمليك ما في الذمة بمثله فيجوز؛ كالصرف[2].

(1) «المبسوط» (11/ 202، 203)، و«بدائع الصانع» (6/ 70)، «الجوهرة النيرة» (3/ 432)، و«مجمع الأنهر» (2/ 556)، و«درر الحكام» (7/ 482).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 70).

وقال الحنابلة: للشريك أن يحيل ويحتال؛ لأن الحوالة عقد معاوضة وهو يملكها[1].

الالتزام بحقوق العقد:

قال الحنفية: كل ما يتعلق بحقوق العقد الذي يتولاه أحد الشريكين في شركة العنان ترجع إلىٰ العاقد منهما وحده فيلتزم بها دون شريكه؛ لأنه ما دام الفرض أن لا كفالة؛ فإن حقوق العقد إنما تكون للعاقد.

حتىٰ لو باع أحدهما شيئًا من الشركة لم يكن للآخر أن يقبض شيئًا من الثمن.

وكذلك كل دين لزم إنسانًا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه إليه؛ كالمشتري من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن إلىٰ الموكل، لأن القبض من حقوق العقد تعود إلىٰ العاقد لأن المديون لم يلتزم الحقوق للمالك، وإنما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلتزمه إلا بتوكيل العاقد؛ فإن دفع إلىٰ الشريك من غير توكيل بريء من حصته ولم يبرأ من حصة الدائن وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع.

وجه القياس: أن حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبي عنها؛ وإنما تتعلق بالعاقد فكان الدافع إلىٰ القابض بغير حق فلا يبرأ.

وجه الاستحسان: أنه لا فائدة في نقض هذا القبض إذ لو نقضناه لاحتجنا إلىٰ إعادته، لأن المديون يلزمه دفعه إلىٰ العاقد، والعاقد يرد حصة الشريك إليه

(1) «كشاف القناع» (3/ 585)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 503).

فلا يفيد القبض ثم الإعادة في الحال وهذا علىٰ القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع إذا دفع المشتري الثمن إلىٰ الموكل من غير إذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا.

وليس لأحدهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس علىٰ الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع عليه بينة فيه، ولا يستحلف وهو والأجنبي في هذا سواء؛ لأن الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد.

ولو اشترىٰ أحدهما شيئًا لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا، وللعاقد أن يوكل وكيلًا بقبض الثمن والمبيع فيما اشترىٰ وباع لما ذكرنا فيما تقدم.

ولأحدهما أن يقايل فيما باعه الآخر، لأن الإقالة فيها معنىٰ الشراء، وأنه يملك الشراء علىٰ الشركة فيملك الإقالة.

وما باعه أحدهما أو اشترىٰ فظهر عيب لا يرد الآخر بالعيب ولا يرد عليه، لأن الرد بالعيب من حقوق العقد، وإنها ترجع إلىٰ العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع علىٰ البائع لأنه العاقد؛ فإن أقر أحدهما بعيبه في متاع جاز إقراره عليه وعلىٰ صاحبه.

فإن باع أحدهما متاعًا من الشركة فردّ عليه فقبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما، لأن قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه علىٰ الشركة.

وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الإقالة وإقالة أحدهما تنفذ علىٰ الآخر[1].

وأما شركة المفاوضة: فجميع حقوق العقد التي تولاها أحدهما ترجع إليهما جميعًا، فيجوز إقرار أحد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلىٰ شريكه ويطالب المقر له أيهما شاء، لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر بإقراره ويلزم شريكه بكفالته.

وكذلك ما وجب علىٰ كل واحد منهما من دين التجارة؛ كثمن المشتري في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنىٰ التجارة؛ كالمغصوب والخلاف في الودائع والعواري والإجارات والاستهلاكات، وصاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ هذا بدينه وإن شاء أخذ شريكه بحق الكفالة.

أما دين التجارة؛ فلأنه دين لزمه بسبب الشركة، لأن البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة؛ لأنه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة، ولهذا قالوا: إن البينة تسمع في ذلك علىٰ الشريك الذي لم يعقد لأن الدين لزمه كما لزم شريكه؛ لأنه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع علىٰ الكفيل كما تسمع علىٰ المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل أن الأمر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد، وكذا الأجرة، لأن الإجارة تجارة.

وأما الغصب فلأن ضمانه في معنىٰ التجارة، لأن تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنىٰ ضمان البيع والخلاف في الودائع والعواري

(1) «بدائع الصانع» (6/ 70)، و«الفتاوىٰ الهندية» (2/ 325).

والإجارات في معنىٰ الغصب؛ لأنه من باب التعدي علىٰ مال الغير بغير إذن مالكه فكان في معنىٰ الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب.

وأما أروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه؛ لأنه ليس بضمان التجارة ولا في معنىٰ ضمان التجارة أيضًا لانعدام معنىٰ معاوضة المال بالمال رأسًا.

ولو كفل أحدهما علىٰ إنسان؛ فإن كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبي حنيفة، وعندهما لا يلزم وإن كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعًا.

وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع إليهما جميعًا كما قلنا، حتىٰ لو باع أحدهما شيئًا من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه؛ كالبائع.

ولو اشترىٰ أحدهما شيئًا يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كما للمشتري.

ولو وجد المشتري منهما عيبًا بالمبيع فلصاحبه أن يرده بالعيب كما للمشتري وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق؛ كالمشتري.

ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيبا فله أن يردها علىٰ أيهما شاء، ولو أنكر العيب فله أن يحلف البائع علىٰ البتات وشريكه علىٰ العلم.

ولو أقر أحدهما نفذ إقراره علىٰ نفسه وشريكه.

ولو باعا سلعة من شركتهما ثم وجد المشتري بها عيبًا فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بيمين واحدة على العلم في قول محمد.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم.

وهما جميعًا في خراج التجارة وضمانها سواء ففعل أحدهما فيها كفعلهما، وقول أحدهما كقولهما، وهما في الحقيقة شخصان، وفي أحكام التجارة كشخص واحد.

وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه إلى مال الشركة سواء كان من باب التجارة أو لا بخلاف الشريك شركة العنان؛ فإن نفاذ تصرفه يختص بالتجارة.

ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضي ما أَدَانَاهُ أو أدانه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة، لأن كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه بالوكالة.

وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما، لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر، وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة.

ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة، لأن الكفيل خصم فيما يدعي على المكفول عنه ويستحلف على علمه؛ لأنه يمين على فعل الغير.

وما اشتراه أحدهما من طعام لأهله أو كسوة أو ما لا بد له منه؛ فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه.

والقياس أن يكون المشتري مشتركًا بينهما، لأن هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الأعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة، لأن ذلك مما لا بد منه فكان مستثنىٰ من المفاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء، وإن وقع المشترىٰ للذي اشتراه خاصة، لأن هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك إلا أنهم قالوا: إن الشريك يرجع علىٰ شريكه بنصف ثمن ذلك؛ لأنه قضىٰ دينًا عليه من ماله لا علىٰ وجه التبرع؛ لأنه التزم ذلك فيرجع عليه.

ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الإقالة عليهما لما ذكرنا أن الإقالة في معنىٰ الشراء وهو يملك الشراء علىٰ الشركة فيملك الإقالة، ولأن الشريك شركة العنان يملك الإقالة فالمفاوض أولىٰ.

وإذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للذي لم يل المداينة أن يقبض الدين، لأن الشركة بطلت بموت أحدهما؛ لأنها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر إذا لم يكن هو الذي تولىٰ العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه؛ لأنه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانًا.

أمَّا الذي ولي المداينة فله أن يقبض الجميع؛ لأنه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل.

ولو آجر أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الأعمال؛ فالأجر بينهما نصفان، وإن أجر نفسه للخدمة فالأجر له خاصة، لأن في الفصل الأول آجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه؛ فإذا عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الأجرة بينهما، وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الأجرة له خاصة.

قال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لو أقرض أحد المتفاوضين مالًا فأعطاه رجلًا ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزًا عليهما، ولا يضمن توى المال أو لم يتو.

وفي قياس قول أبي يوسف أن الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك، وهذا فرع اختلافهم في الكفالة أن الكفيل في حكم المقرض؛ فإذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض، وعند أبي يوسف، لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض[1].

وقال المالكية: شركة العنان جائزة لازمة مأخوذة من عنان الدابة أي كل واحد من الشريكين شرط على صاحبه أن لا يستبد بفعل شيء في الشركة إلا بإذن شريكه ومعرفته فكأنه أخذ بعنانه أي: بناصيته أن لا يفعل فعلًا إلَّا بإذنه، فلو تصرف واحد منهما بدون إذن الآخر كان له رده[2].

وقال الحنابلة: حقوق العقد لا تختص بالعاقد من الشريكين فله المطالبة بالأجر لهما ودفعه عليهما.

(1) «بدائع الصانع» (6/ 73، 67).

(2) «الشرح الكبير» (5/ 21)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 49)، و«تحبير المختصر» (4/ 253).

ولكل منهما أن يرد بالعيب للحظ فيما وليه من البيع أو وليه صاحبه، لأن الوكيل يرد فالشريك أولىٰ ولو رضي به شريكه.

وله أن يقر بالعيب فيما بيع من مالهما، كما يقبل إقرار الوكيل علىٰ موكله به، ولأنه من متعلقاتها.

وإن ردت السلعة علىٰ الشريك بعيب؛ فله أن يقبلها ويرد الثمن.

وله أن يعطي الأرش أو يحط من ثمنه لأجل العيب أو يؤخر ثمنه لأجل العيب؛ لأنه عادة التجارة.

وله أن يقايل، لأن الحظ قد يكون فيها؛ لأنها إن كانت بيعًا فقد أذن له فيه وإن كانت فسخًا؛ فكالرد بالعيب.

وله أن يقر بالثمن وببعضه وبأجرة المنادي والحمّال ونحوه، لأن ذلك مما يحتاج إليه؛ كالإقرار بالعيب.

وله أن يفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما، لأن مبناها علىٰ الوكالة والأمانة[1].

حكم الشركة هل هي جائزة أم لازمة؟

اختلف الفقهاء في الشركة هل هي من العقود اللازمة التي لا تنفسخ إلا برضىٰ الطرفين؛ كالبيع أم جائزة يحق لكل واحد من الشريكين أن يفسخ الشركة متىٰ شاء.

فذهب المالكية في المشهور إلىٰ أن الشركة ابتداءً جائزة إلا أنها إذا انعقدت لزمت وصارت من العقود اللازمة التي تلزم بمجرد العقد؛ كالبيع أي بما يدل

---

(1) «المغني» (5/ 13)، و«كشاف القناع» (3/ 585)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553).

عليها عرفًا سواء كان قولًا كاشتركنا أو فعلا كخلط المالين أو هما معًا، ولا رجوع لأحدهما فيها؛ كالبيع فلو أراد أحدهما المفاصلة قبل الخلط وامتنع الآخر فالقول للممتنع حتىٰ ينض المال بعد العمل.

وأما شركة الأعمال أو الأبدان أو الحرث -الآتي ذكرها- ففيها قولان، أحدهما أنها كشركة الأموال تلزم بالعقد وهو قول سحنون، والثاني: أنها لا تلزم إلا بالعمل وهو قول ابن القاسم(1).

وذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ومقابل المشهور عند المالكية إلىٰ أن الشركة من العقود الجائزة التي يجوز لأحد الشريكين أن يفسخها كالوكالة؛ لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة. إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم هل يشترط أن يعلم الشريك الآخر بالفسخ أم لا؟ وهل يشترط أن يكون المال ناضًا أم لا؟

قال الحنفية: الشركة عقد جائز غير لازم حتىٰ ينفرد كل واحد منهما بالفسخ إلا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أي: بعلمه حتىٰ لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ، وكذا لو كان صاحبه غائبًا وعلم بالفسخ وإن كان غائبًا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد، لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه، ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنته الشركة.

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 4)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 39)، و«مواهب الجليل» (7/ 60، 58)، و«التاج والإكليل» (4/ 140).

قال الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهل يشترط أن يكون مال الشركة عينًا وقت الشركة لصحة الفسخ وهي أن يكون دراهم أو دنانير، ذكر الطحاوي أنه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضًا وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة، وفي المضاربة رواية وهي أن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف؛ فإنه ينظر إن كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لأنهما في الثمنية جنس واحد فكأنه لم يشتر بها شيئًا وليس له أن يشتري بها عروضًا.

وإن كان رأس المال وقت النهي عروضًا فلا يصح نهيه؛ لأنه يحتاج إلى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ إبطالًا لحقه في التصرف فجعل الطحاوي في الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة.

فقال: يجوز فسخ الشركة، وإن كان رأس المال عروضًا ولا يجوز فسخ المضاربة؛ لأن مال الشركة في يد الشريكين جميعًا ولهما جميعًا ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عينًا كان المال أو عروضًا.

فأما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف له لا لربّ المال، فلا يملك ربُّ المال نهيه بعدما صار المال عروضًا[1].

وقال الشافعية: لكل واحد من الشريكين فسخ الشركة متى شاء؛ كالوكالة وينعزلان عن التصرف جميعًا بفسخ كل منهما؛ لأن العقد قد زال ولكل واحد منهما أن يتصرّف في نصيب نفسه.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 77).

فإن لم يفسخا ولا أحدهما، لكن قال أحدهما للآخر: عزلتك عن التصرف أو لا تتصرف في نصيبي انعزل المخاطب ولا ينعزل العازل عن التصرف في نصيب المعزول فيتصرف في نصيب المعزول، لأن العازل لم يمنعه أحد بخلاف المخاطب؛ فإن أراد المخاطب عزله فليعزله.

وصورته في المعزول: أن يميز حصة من المال المخلوط للشريك ثم يعزل أحدهما الآخر فيتصرف العازل في الجميع دون المعزول[1].

وقال الحنابلة: تبطل الشركة بالفسخ من أحدهما وسائر ما يبطل الوكالة فلو قال أحدهما: فسخت الشركة انعزلا جميعًا فلا يتصرف كل منهما إلا في قدر نصيبه من المال؛ لأن فسخ الشركة يقتضي عزل نفسه من التصرف في مال صاحبه وعزل صاحبه من التصرف في مال نفسه، وسواء كان المال نقدًا أو عرضا؛ لأن الشركة وكالة والربح يدخل ضمنا، وحق المضارب أصلي.

فإن عزل أحدهما صاحبه بأن قال: عزلت شريكي انعزل المعزول ولو لم يعلم؛ كالوكيل ولم يكن للمعزول أن يتصرف إلا في قدر نصيبه من المال فقط؛ فإن تصرف في أكثر ضمن الزائد، وللعازل التصرف في جميع مال الشركة؛ لأنها باقية في حقه، لأن شريكه لم يعزله بخلاف ما إذا فسخ أحدهما الشركة فلا يتصرف كل إلا في قدر ماله.

وهذا - أي ما ذكر من العزل إذا نض المال أي: صار مثل حاله وقت العقد عليه دنانير أو دراهم .

(1) «نهاية المطلب» (7/ 26)، و«روضة الطالبين» (3/ 481)، و«البيان» (6/ 387)، و«مغني المحتاج» (3/ 188، 189)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 11، 12)، و«النجم الوهاج» (5/ 16).

فإن كان المال عرضا فعلى روايتين: إحداهما: لم ينعزل أحدهما بعزل شريكه له وله التصرف بالبيع لتنضيض المال؛ كالمضارب دون المعاوضة بسلعة أخرىٰ ودون التصرف بغير ما ينض به المال؛ لأنه معزول ولا حاجة تدعو إلىٰ ذلك بخلاف التنضيض. هذا ما ذكره القاضي وظاهر كلام أحمد.

والثانية: وهي المذهب أنه ينعزل مطلقًا، وإن كان عرضًا، وهو قول الشافعي؛ لأنه عقد جائز فأشبه الوكالة فعلىٰ هذا إن اتفقا علىٰ البيع أو القسمة فعلًا.

وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أجيب طالب القسمة دون طالب البيع.

فإن قيل: أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب إليه؟.

فالجواب: أن حق العامل في الربح ولا يظهر الربح إلا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه، وفي مسألتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر علىٰ البيع[1].

مبطلات عقد الشركة:

تبطل الشركة بما يلي:

1- بالفسخ: إذا فسخ أحد الشريكين الشركة انفسخت كما تقدم تفصيله في المسألة السابقة.

2- موت أحد الشريكين: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلىٰ أن الشركة تنفسخ بموت أحد الشريكين؛

(1) «المغني» (5/ 15)، و«الفروع» (4/ 300)، و«كشاف القناع» (3/ 592، 593)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 551، 552)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 502).

لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة.

قال الحنفية: فأيهما مات انفسخت الشركة؛ لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت، لأن الشركة تتضمن الوكالة والوكالة تبطل بالموت، سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم؛ لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه، وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي، فلا يقف علىٰ العلم[1].

وجاء في «المدونة الكبرى» للمالكية: القضاء في أحد الشريكين يموت:

(قلت) أرأيت إذا مات أحد الشريكين (قال) إذا مات أحدهما لم يكن للباقي منهما أن يحدث في المال الباقي، ولا في السلع قليلًا ولا كثيرًا إلا برضا الورثة، لأن الشركة حين مات أحدهما انقطعت فيما بينهما وصار نصيب الميت للورثة وهذا رأيي[2].

وقال الشافعية: إذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة بمعنىٰ بطل الإذن بالتصرف، لأن العقود الجائزة تبطل بالموت كالوكالة وإذا كان كذلك فلا يخلو أن يكون علىٰ المتوفىٰ ديون ووصايا أو لا يكون عليه ديون ولا وصايا؛ فإن لم يكن عليه ديون ولا وصايا فلا يخلو حال الوارث من أن يكون جائز الأمر أو غير جائز؛ فإن كان جائز الأمر بالبلوغ والرشد فهو بالخيار في مال الشركة بين ثلاثة أشياء:

إما أن يقاسم عليها فتمتاز حصته فيتصرف فيها.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 78)، و«الاختيار» (3/ 21)، و«العناية» (8/ 310)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 439)، و«مختصر الوقاية» (2/ 185)، و«اللباب» (1/ 536).

(2) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 84).

وإما أن يترك المال مشتركًا علىٰ حاله من غير أن يأذن للشريك بالتصرف فيه.

وإما أن يقيم علىٰ الشركة، ويأذن للشريك بالتصرف فيه فيصير شريكًا كما كان شريكًا لمورثه فأي هذه الثلاثة فعل كان له ذلك، سواء فيه كان فيه الحظ أو في غيره، لأن من جاز أمره نفذت عقوده، وإن لم يكن فيها حظ له ويختار لهذا الوارث إذا أحب المقام علىٰ الشركة أن يعلم قدر المال الذي ورثه عن ميته قبل الإذن في التصرف فيه خوفًا من ظهور دين يتعلق بالشركة فيعلم قدره ليمتاز عما ملكه الوارث من ربحها الذي لا يتعلق بالذي له؛ فإن لم يفعل جاز، لأن التخوف من ظهور الدين ملغيٌّ باعتبار الأصل براءة الذمة.

فإن قيل: الشركة عقد فكيف يصح مع الجهل بقدر المال المعقود عليه، قيل: إنما يلزم العلم بقدر نصيب كل واحد من الشريكين من جملة المال من نصف أو ثلث أو ربع ولا يلزم معرفة وزنه ألا ترىٰ لو أن رجلين اشتركا ووضع أحدهما دراهم في كفة ميزان، ووضع الآخر بإزائها واشتركا بها. واتجرا من غير أن يعلما وزنها صحت الشركة للعلم بحصة كل واحد منهما من الجملة؛ كذلك الوارث في التركة[1].

وقال الحنابلة: تبطل الشركة بموت أحد الشريكين، وإذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم علىٰ الشركة ويأذن له الشريك في التصرف ويأذن هو أيضًا لشريكه فيه وبقاؤه علىٰ الشركة إتمام الشركة وليس بابتدائها؛ فلا تعتبر شروطها أي شروط الشركة من حضور المال وكونه نقدًا

(1) «الحاوي الكبير» (6/ 484، 485)، و«نهاية المطلب» (7/ 26)، و«روضة الطالبين» (3/ 481)، و«البيان» (6/ 388)، و«مغني المحتاج» (3/ 188، 189)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 12)، و«النجم الوهاج» (5/ 16).

مضروبًا وبيان الربح ونحوها مما تقدم، قال البهوتي: هذا مقتضىٰ كلامه في المغني والمبدع.

وقال في «المستوعب»: إن مات يخرج من الشركة ويتسلم حقه ورثته انتهىٰ فصريحه بطلان الشركة بموت أحدهما وهو صريح كلامه قريبًا وكلام المنتهىٰ وغيرهما فيما تقدم في الوكالة، ومقتضىٰ ما يأتي في المضاربة إذ لا فرق.

وللوارث المطالبة للشريك بالقسمة لمال الشركة؛ فإن كان الوارث مولىٰ عليه لكونه محجورًا عليه قام وليّه مقامه في ذلك، أي: في إبقاء الشركة والمقاسمة ولا يفعل الولي إلا ما فيه المصلحة للمولىٰ عليه كسائر التصرفات؛ فإن كان الميت قد وصّىٰ بمال الشركة أو ببعضه لمعيّن فالموصىٰ له إذا قبل كالوارث فيما ذكرنا لانتقال الملك إليه وإن كان الإيصاء به لغير معيّن؛ كالفقراء لم يجز للوصي الإذن في التصرف ووجب دفع المال الموصىٰ به إلىٰ الموصىٰ لهم، ويعزل الوصي نصيب الميت ويفرقه علىٰ الموصىٰ لهم عملًا بالوصية.

فإن كان علىٰ الميت دين تعلق الدين بتركته؛ فليس للوارث إمضاء الشركة حتىٰ يقضي دينه؛ فإن قضاه الوارث من غير مال الشركة فله إتمام الشركة.

وإن قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضىٰ ذكره في «المغني»، و«المبدع»، وغيرهما.

لكن مقتضىٰ ما تقدم أن الوارث لا يمنع من إتمام الشركة قبل القضاء لكن يكون موقوفًا إن قضاه نفذت الشركة كسائر تصرفاته؛ وإلا نقضت ووفىٰ الدين من حصة الميت[1].

---

(1) «المغني» (5/ 15)، و«كشاف القناع» (3/ 592، 593).

3- جنون أحد الشريكين: وهذا محل اتفاق بين العلماء علىٰ أنه إذا جن أحد الشريكين جنونًا مطبقا انفسخت الشركة؛ لأن به يخرج الوكيل عن الوكالة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة، لأن الشركة تتضمن الوكالة؛ فإذا جن أحدهما انفسخت الشركة وانعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب شريكه، لأن الإذن عقد جائز فبطل بالجنون كالوكالة[1].

4- إغماء أحد الشريكين: نص الشافعية علىٰ أن الشركة تنفسخ بإغماء أحد الشريكين؛ فإذا أغمي أحدهما انفسخت الشركة وانعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب شريكه، لأن الإذن عقد جائز فبطل بالإغماء كالوكالة؛ فإذا أفاق تخير بين القسمة واستئناف الشركة ولو بلفظ التقرير إن كان المال عرضًا.

وقيل: إن محل الفسخ بالإغماء: إذا طال زمنه بحيث أسقط عنه فرض صلاة واحدة بمرور وقتها، فلو أغمي عليه أقل من ذلك.. لم يضره[2].

5- الحجر على أحدهما: نص الشافعية، والحنابلة علىٰ أن الشركة تنفسخ بالحجر علىٰ أحدهما، سواء كان الحجر لسفه أو فلس أو فيما حجر عليه فيه أو حجر عليه في كل تصرف لا ينفذ منهما كالوكالة[3].

---

(1) المصادر السابقة.

(2) «روضة الطالبين» (3/ 481)، و«البيان» (6/ 387)، و«مغني المحتاج» (3/ 188، 189)، و«نهاية المحتاج» (5/ 12)، و«النجم الوهاج» (5/ 16).

(3) «مغني المحتاج» (3/ 189)، و«نهاية المحتاج» (5/ 12)، و«النجم الوهاج» (5/ 16)، و«كشاف القناع» (3/ 592).

6- الردة مع اللحوق بدار الحرب: نص الحنفية علىٰ أن أحد الشريكين إذا ارتد ولحق بدار الحرب مرتدًا، وحكم القاضي بلحاقه انفسخت الشركة؛ لأنه بمنزلة الموت، ولأن كل واحد من الشريكين يتصرف بالأذن، والموت يقطع الإذن، ولا فرق بين ما إذا علم الشريك بردة صاحبه أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي بخلاف الفسخ كما تقدم.

فإن رجع المرتد مسلمًا بعد لحاقه قبل أن يقضي القاضي لم تبطل الشركة، وإن كان رجوعه بعدما قضىٰ بلحاقه فلا شركة بينهما؛ لأنه لما قضىٰ بلحاقه زالت أملاكه فانفسخت الشركة فلا تعود إلا بعقد جديد[1].

يد الشريك يد أمانة:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة علىٰ أن يد الشريك في مال الشركة يد أمانة؛ كالمودع والوكيل وليست يد ضمان فلا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة من غير تعد ولا تفريط باتفاق الفقهاء؛ لأنه قبض المال بإذن صاحبه، لا علىٰ وجه المبادلة، كالمقبوض علىٰ سوم الشراء، ولا علىٰ وجه الوثيقة كالرهن، ولأنه نائب عن شريكه في الحفظ فكان الهالك في يده من غير تعد ولا تفريط كالهالك في يد المالك.

ولا يضمن الشريك إلا إذا تعدىٰ أو فرط والتعدي هو فعل ما لا يجوز له فعله، وقد سبق بيانه فكل ما لا يجوز للشريك فعله ففعله ضمن حصة شريكه.

والتفريط هو ترك ما ينبغي فعله؛ فإذا فرط ضمن حصة شريكه.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 78)، و«الاختيار» (3/ 21)، و«العناية» (8/ 310)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 439)، و«مختصر الوقاية» (2/ 185)، و«اللباب» (1/ 536)، و«شرح فتح القدير» (6/ 194).

وبناء علىٰ أن الشريك أمين يقبل قوله بلا بينة في رد نصيب الشريك، وفي الخسران، وفي التلف إن ادعاه بلا سبب أو بسبب خفي كالسرقة؛ لأنه يتعذر عليه إقامة البينة.

فإن ادعىٰ التلف بسبب ظاهر كحريق لم يقبل قوله عند الشافعية حتىٰ يقيم البينة علىٰ السبب الظاهر؛ لأنه يمكنه إقامة البينة عليه؛ فإن شهدت البينة بالسبب وبهلاك المال فيه فلا كلام وإن شهدت البينة بالسبب ولم تذكر هلاك المال؛ فالقول قول الشريك مع يمينه: أنه هلك بذلك.

ولو ادعىٰ أحدهما خيانة صاحبه لم يسمع حتىٰ يبين قدر ما خان بت؛ فإذا بيّن فالقول قول المنكر مع يمينه[1].

وقال الحنفية: الشريك أمين في المال فيقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسران والضياع والدفع لشريكه، ولو ادعاه بعد موته.

ويضمن بالتعدي، وهذا حكم الأمانات فلو قال: لا تجاوز خوارزم فجاوزها ضمن حصة شريكه.

وكذا يضمن إذا مات مجهلًا نصيب صاحبه، إذا كان مال الشركة ديونًا علىٰ الناس، فإنه يضمن، كما يضمن لو مات مجهلًا عين مال الشركة الذي في يده، وكذا بقية الأمانات؛ إلا إذا كان يعلم أن وارثه يعلم ذلك، فلا يضمن[2].

---

(1) «المهذب» (1/ 347)، و«روضة الطالبين» (3/ 483)، و«البيان» (6/ 380)، «مغني المحتاج» (3/ 190)، و«نهاية المحتاج» (5/ 15)، و«النجم الوهاج» (5/ 18،17)، و«الديباج» (2/ 300)، و«كشاف القناع» (3/ 592)، و«بداية المجتهد» (2/ 193)، و«الفتاوىٰ الهندية» (2/ 348)، و«درر الحكام» (2/ 218).

(2) «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» (4/ 319، 320)، و«تنقيح الفتاوىٰ الحامدية» (2/ 105)، و«مجمع الأنهر» (2/ 556).

وقال المالكية: الشريك أمين في مال الشركة؛ فإذا كان بيد أحدهما شيء من مال الشركة فقال: تلف ما بيدي كُلًّا أو بعضًا أو خسرت فيه؛ فإنه يصدق بيمين إن اتهم ولو كان غير متهم في نفس الأمر ما لم تقم عليه تهمة كدعوىٰ التلف وهو في رفقة لا يخفىٰ ذلك فيها فيسأل أهل الرفقة فلم يعلم ذلك أحد منهم أو يدعي الخسارة في سلعة لم يعلم ذلك فيها لشهرة سعرها، ونحو ذلك، وكذلك يقبل قول أحد الشريكين إذا اشترىٰ شيئًا يناسبه من المأكل والمشرب والملبس أنه اشتراه لنفسه وأما إذا اشترىٰ عروضًا أو عقارًا أو حيوانًا، وقال: اشتريته لنفسي فإنه لا يصدق في ذلك ولشريكه الدخول فيه معه.

والقول لمدعي أخذ لائق له وهو خاص بالمأكول ونحوه كما مر[1].

(1) «الشرح الكبير» (5/ 14، 15)، و«تحبير المختصر» (4/ 246، 247)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 46).

النوع الثاني: شركة المفاوضة:

شركة المفاوضة عند الحنفية: هي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلًا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما أنه وكيل عنه؛ لأنها شركة عامة يفوض كل منهما إلىٰ صاحبه علىٰ العموم في التجارات والتصرفات، لأن الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك.

وهي من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء إذا عم وانتشر، لأن كل واحد منهما يفوض التصرف إلىٰ صاحبه علىٰ أية حال، ومنه قول الشاعر:

تهدى الْأُمُورُ بِأَهْلِ الرَّأْيِ مَا ... فَإِنْ تَوَلَّتْ فَبِالْأَشْرَارِ تَنْقَادُ

لا يَصْلحُ الناس فَوضَى لا سَرَاةَ لهم ... ولَا سَرَاةٌ إذا جهَّالُهُمْ سَادوا

إذا تولى سراةُ الناس أمرَهم ... نما على ذاك أمرُ القدم وازدادوا

ومعنىٰ البيت إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون إليه؛ بل كان كل واحد مستقلًا ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة، كما في قوله تعالىٰ: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ [الأنبياء: 22]، والسراة: جمع سرىٰ، وهو السيد...، وسيأتي وجه المساواة فلا بد من تحقق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء أي: في مدة البقاء، لأن عقد الشركة عقد غير لازم؛ فإن لكل منهما أن يفسخه إذا شاء، فكان لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاؤه حتىٰ لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانًا، بخلاف ما لو زاد

بعد الشراء بالمالين، لأن الشركة انتقلت إلىٰ المشتري؛ فإنما تغيّر سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه(1).

وقال المالكية شركة المفاوضة: هي أن يفوض كل واحد منهما إلىٰ الآخر التصرف والبيع والشراء حضر الآخر أو غاب وتكون يده كيده، ولا يكونان شريكين إلا بقدر ما يعقدان الشركة عليه دون ما ينفرد أحدهما بملكه مما لم يدخله في رأس مال الشركة، ويجوز فيها تساوي رءوس الأموال وتفاضلها؛ إذا كان العمل والربح بقدرة الله.

فإن أطلق كل واحد التصرف- وإن كان الإطلاق في نوع خاص- لصاحبه بالبيع والشراء والأخذ والعطاء دون توقف علىٰ إذن الآخر، فهي شركة مفاوضة؛ لأن كل واحد فَوَّضَ لصاحبه التصرف، إلا أنه إذا لم يقيد بنوع تسمّىٰ مفاوضة عامة، وإذا خصت بنوع كشراء الرقيق سميت مفاوضات خاصة، أي: بنوع الذي أطلق التصرف فيه.

وسميت مفاوضة لاستوائهما في الربح والضمان وشروعهما في الأخذ والإعطاء من قولهم تفاوض الرجلان في الحديث؛ إذا شرعا فيه وهي جائزة علىٰ ما يتفاوضان عليه من الأجزاء.

ولا تفسد المفاوضة بينهما وإن كان لأحدهما مال علىٰ حدة لم يدخله في المفاوضة(2).

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 58)، و«الاختيار» (3/ 14، 15)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 421)، و«مختصر الوقاية» (2/ 179)، و«اللباب» (1/ 524، 525)، و«شرح فتح القدير» (6/ 156)، و«البحر الرائق» (5/ 182).

(2) «الكافي» (1/ 392)، و«المعونة» (2/ 139)، و«الشرح الكبير» (5/ 9)، و«تحبير المختصر» (4/ 242)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 43)، و«مواهب الجليل» (4/ 146)، و«القوانين الفقهية» (1/ 187).

وقال الحنابلة: والمفاوضة أن يفوض كل واحد منهما إلىٰ الآخر كل تصرف مالي وبدني من أنواع الشركة في كل وقت ومكان علىٰ ما يرىٰ والربح علىٰ ما شرطا والوضيعة بقدر المال؛ فتكون شركة عنان أو وجوه أو أبدان ومضاربة[1].

حكم شركة المفاوضة:

اختلف الفقهاء في حكم شركة المفاوضة، هل هي صحية وجائزة أم فاسدة؟

فذهب الحنفية والمالكية إلىٰ آن شركة المفاوضة جائزة واستدل الحنفية بما روي مرفوعًا: «**تفاوضوا فإنه أعظم للبركة**»، وقوله: «**إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة**»، ولأنها مشتملة علىٰ أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة، لأن كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان، ولأنها طريق استنماء المال أو تحصيله والحاجة إلىٰ ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان.

وهي جائزة استحسانًا عند الحنفية وفي القياس، لا تجوز.

وجه القياس: أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول، وكل ذلك بانفراده فاسد.

وجه الاستحسان: أن الناس كانوا يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس؛ لأن التعامل؛ كالإجماع والجهالة محتملة تبعًا كما في المضاربة ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها من علم العوام حتىٰ لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز، لأن المعتبر هو المعنىٰ[2].

---

(1) «الإنصاف» (5/ 465).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 58)، و«الاختيار» (3/ 14، 15)، و«الهداية» (3/ 4)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 421)، و«مختصر الوقاية» (2/ 179)، و«مجمع الأنهر» (2/ 547).

وقال المالكية: شركة المفاوضة جائزة، لأن تقدير الشركة أنهما أخرجا المالين ثم وكل كل واحد منهما الآخر في التصرف فيه على الإطلاق، وذلك جائز، ولأن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة وتعلق الوكالة بها كتعلقها بالعنان، لكن تزيد المفاوضة بالكفالة فيما يثبت لأحدهما قبل صاحبه من الحقوق والضمان يصح في الذمة لمجهول، كمن استهلك شيئًا لمن لا يعرفه.

ولا يشترط فيها تساوي رءوس الأموال ويجوز أن ينفرد أحدهما بمال لا يدخله في الشركة؛ وإن تفاضل رءوس الأموال، خلافًا لأبي حنيفة في منعه كل ذلك؛ لأن كل شركة جازت مع تساوي رءوس الأموال جازت مع اختلافهما كالعنان، ولأنها شركة بمال في مكسب مباح فوجب أن يستوي في الجواز استواء المالين واختلافهما كالعنان، ولأن عقد الشركة هو بيع نصيب أحدهما بقسطه من نصيب الآخر وتوكيل أحدهما الآخر في التصرف، وذلك لا يفتقر إلى تساوي المالين[1].

وأما الحنابلة فشركة المفاوضة عندهم على ضربين:

أحدهما: أن يفوض كل واحد منهما إلى صاحبه الشراء أو البيع والمضاربة والتوكيل والابتياع في الذمة والمسافرة بالمال والارتهان وضمان ما يرى من الأعمال؛ فهذه شركة صحيحة؛ لأنها لا تخرج عن شركة العنان والوجوه والأبدان وجميعها منصوص على صحتها والربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر المال.

---

(1) «المعونة» (2/ 139، 142)، و«الإشراف» (3/ 70، 72)، و«الشرح الكبير» (5/ 9)، و«تحبير المختصر» (4/ 242)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 43)، و«مواهب الجليل» (4/ 146)، و«القوانين الفقهية» (1/ 187).

الضرب الثاني: أن يدخلا فيها الأكساب النادرة ونحوها أو ما يلزم أحدهما من ضمان أو كفالة أو غصب أو ما يجده من ركاز أو لقطة، بأن يقول أنت شريك لي في كل ما يحصل لي بأي جهة كانت من إرث وغيره فهذه شركة فاسدة على الصحيح من المذهب؛ لأنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم، فلم يصح بين المسلمين، كسائر العقود الفاسدة، ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله، فلم يصح كما ذكرنا، ولأن فيه غررًا، فلم يصح كبيع الغرر، وبيان غرره: أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به، وقد أدخلا فيه الأكساب النادرة.

فعلى المذهب لكل منهما ربح ماله وأجرة عمله وما يستفيده له ويختص بضمان ما غصبه أو جناه أو ضمنه عن الغير[1].

وقال الشافعية: شركة المفاوضة هي أن يشتركا في الناض من أموالها كله دون العروض ويشترطا أن يكون ما يملكان من المال بينهما، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب، أو بيع، أو ضمان.

فهذه شركة باطلة قال الإمام الشافعي: «**المفاوضة باطلة ولا أعرف شيئًا من الدنيا يكون باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة**»[2].

والدليل على بطلانها «نهيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الغرر» ولا غرر أعظم من المفاوضة فيما يدخل كسبًا أو يخرج غرمًا.

(1) «المغني» (5/ 18)، و«كشاف القناع» (3/ 623، 624)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 598، 599)، و«الروض المربع» (2/ 81، 82).

(2) «الأم» (7/ 134).

ولأنها شركة لا تصح مع تفاضل المال فوجب أن لا تصح مع التساوي أصله إذا كان أحدهما مكاتبًا أو ذميًّا، ولأن كل شركة لا تصح بين المسلم والذمي والحر والمكاتب لا تصح بين الحرين المسلمين. أصله: إذا تفاضلا في المال، ولأن ما لم يتفرع عن أصل تناوله عقد الشركة فلم تصح فيه الشركة كالميراث، ولأنها شركة لا تصح مع مختلفي الدينين فلم تصح مع متفقي الدينين كشركة العروض.

ولأنهما عقدا الشركة علىٰ أن يشارك كل واحد منهما الآخر فيما يختص بسببه. فلم يصح، كما لو عقدا الشركة علىٰ ما يملكان بالإرث، أو نقول: شركة علىٰ أن يضمن كل واحد منهما ما يجب علىٰ الآخر بعدوانه، فلم يصح، كما لو عقدا الشركة علىٰ أن يضمن كل واحد منهما ما يجب علىٰ كل واحد منهما بالجناية.

إذا ثبت هذا: فإن كسبا.. اختص كل واحد منهما بملك ما كسبه، ووجب عليه ضمان ما أتلفه أو غصبه؛ لأن وجود هذا العقد بمنزلة عدمه. وإذا استعملا لفظ المفاوضة وأرادا شركة العنان فالمنصوص الجواز[1].

شروط صحة شركة المفاوضة عند الحنفية:

1- التساوي في المال فلو كان أحد الشركاء أكثر مالًا؛ فإن الشركة لا تصح؛ لأن المال الأصل في الشركة ومنه يكون الربح.

(1) «الأم» (7/ 134)، و«الحاوي الكبير» (6/ 475، 476)، و«نهاية المطلب» (7/ 23)، و«البيان» (6/ 372، 374)، و«مغني المحتاج» (3/ 183)، و«النجم الوهاج» (5/ 8، 9)، و«نهاية المحتاج» (5/ 4).

2- التساوي في التصرف فلا تصح الشركة بين الصبي والبالغ ولا بين الحر والعبد؛ لأنها تقتضي الكفالة وكفالة هؤلاء لا تصح، وإذا لم تصح كانت عنانًا. ولأنه متىٰ تصرف أحدهما تصرفا لا يقدر الآخر عليه فاتت المساواة.

3- التساوي في الدين فلا تنعقد بين مسلم وذمي، لأن المسلم والذمي لا يتساويان في التصرف بدليل أن الذمي يتصرف في الخمر، والخنزير دون المسلم وتكون عنانا؛ لأن العنان يجوز بينهما إجماعا، وإن تفاوض الذميان جازت مفاوضتهما، وإن اختلف دينهما؛ لأنهما متساويان في التصرف.

4- أن يكون كل واحد من الشركاء كفيلًا عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع كما أنه وكيل عنه، فلا يصح أن يكون تصرف أحد الشركاء أكثر من تصرف الآخر؛ فإذا تحققت المساواة في هذه النواحي كلها انعقدت الشركة وصار كل شريك وكيلًا عن صاحبه وكفيلًا عنه يطالب بعقد صاحبه، ويسأل عن جميع تصرفاته.

وفي كل موضع لا تصح المفاوضة لفقد شرطها، ولا يشترط ذلك في العنان، كانت عنانًا.

فإن ورث أحدهما مالًا تصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلىٰ يده، بطلت المفاوضة وصارت عنانًا، وإن ورث أحدهما عرضًا فهو له ولا تفسد المفاوضة، وكذا العقار.

وتنعقد المفاوضة علىٰ الوكالة والكفالة. وما يشتريه كل واحد منهما يكون علىٰ الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم، وكذا كسوته، وكذا الإدَام، وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء: المشترئ بالأصالة وصاحبه بالكفالة، ويرجع علىٰ المشتري بحصته مما أدىٰ عند أبي حنيفة ومالك.

وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلًا عما يصحّ فيه الاشتراك، فالآخر ضامن له، تحقيقًا للمساواة،لأنها منعقدة علىٰ الكفالة، فكأنه كفل عنه ببدل ذلك فيطالب به والمراد بدل الشيء الذي يصح الاشتراك فيه، حتىٰ إذا اشترىٰ العقال بطلت شركته والذي يصح فيه الاشتراك، البيع والشراء والاستئجار، والذي لا يصح الاشتراك فيه: الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة، فعلىٰ هذا إذا تزوج أحد الشريكين فذلك لازم له خاصة، لأنه لا يصح الشركة عليه وليس للمرأة أن تأخذ شريكه بالمهر؛ لأنه بدل عما لا يصح فيه الاشتراك، وكذا لو جنىٰ أحدهما علىٰ آدمي فهو لازم له خاصة؛ لأن الجناية ليست من التجارة؛ وإن جنىٰ علىٰ دابة أو ثوب لزم شريكه؛ لأنه يملك المجني عليه بالضمان، وذلك مما يصح فيه الاشتراك.

ولو كفل أحدها بمال عن أجنبي بأمره، لزم صاحبه - شريكه - عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ وقالا أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه، كالإقراض والكفالة بالنفس.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يلزم صاحبه في الإقراض. ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح، وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة بأمره عند أبي حنيفة[1].

مفاوضة المسلم والمرتد:

وأما مفاوضة المسلم والمرتد ذكر الكرخي أنها غير جائزة وكذا روىٰ عيسىٰ بن أبان عن أبي حنيفة رحمهم الله، لأن تصرفات المرتد متوقفة عنده

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 61)، و«الاختيار» (3/ 15،14)، و«العناية» (8/ 250)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 421، 423)، و«اللباب» (1/ 524، 525)، و«مختصر الوقاية» (2/ 180)، و«مجمع الأنهر» (2/ 547)، و «مجمع الضمانات» (2/ 632، 633).

لوقوف أملاكه فلا يساوي المسلم في التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمي وذكر محمد في الأصل وقال قياس قول أبي يوسف أنه يجوز يعني قياس قوله في الذمي.

ولأبي يوسف أنه يفرق بينهما من حيث إن ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترىٰ إن قاضيا لو قضىٰ ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه وإذا كان ناقص الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمي.

ولو فاوض مسلم مرتدة ذكر الكرخي إنها لا تجوز وقال القدوري رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهو ظاهر علىٰ أصل أبي حنيفة ومحمد، لأن الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر.

وأما أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع؛ وإنما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة.

وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة علىٰ ما أصله في عقود المرتد إنها موقوفة؛ فإن أسلما جاز عقدهما وإن قتلا علىٰ ردتهما أو ماتا أو لحقا بدار الحرب بطل.

وأما علىٰ قولهما فشركة العنان جائزة، لأن عقودهما نافذة.

وأما مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رَحِمَهُ ٱللَّهُ وقال ينبغي أن لا يجوز. أما عند أبي يوسف فلأن نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين.

وأما عند محمد فلأن المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح إلا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة علىٰ الإطلاق.

وإن شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما؛ فإن قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وإن رجع قبل ذلك فهما علىٰ الشركة؛ لأنه إذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد فكأنه مات فبطلت شركته وإن أسلم فقد زال التوقف وجعل كأن الردة لم تكن ولهذا قال أبو حنيفة أن المرتد منهما إذا أقر ثم قتل لم يلزم إقراره شريكه، لأن الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة.

وأما علىٰ قولهما فإقراره جائز علىٰ شريكه وكذا بيعه وشراؤه، لأن الشركة عندهما إنما بطلت بالقتل أو باللحاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه وإقراره[1].

بيان ما يجوز لأحد شريكي المفاوضة وما لا يجوز:

قد تقدم في شركة العنان ما يجوز وما لا يجوز لكل واحد من الشريكين أن يفعله في مال الشركة وذكرت هناك ما يجوز لشريكي المفاوضة.

وهي عند المالكية ما يلي وقد تقدم الكلام فيه مفصلا:

قالوا: لأحد المتفاوضين التبرع في مال الشركة بغير إذن شريكه بشيء كهبة وحطيطة لبعض ثمن بالمعروف إن استألف بالتبرع قلوب الناس للتجارة.

وله أن يبضع من مال الشركة، بأن يعطي إنسانًا مالًا منه ليشتري له بضاعة من بلد كذا.

وله أن يقارض: بأن يعطي مالا لغيره قراضًا حيث اتسع المال وإلا منع، ويودع وديعة منه لعذر اقتضىٰ الإيداع، وإلا يكن الإيداع لعذر ضمن إن ضاعت الوديعة.

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 61، 62).

وله أن يشارك في شيء معين أجنبيًّا حيث لا تجول يده في مال للشركة.

وأن يقبل المعيب إذا باعه هو أو شريكه ثم رد بالعيب وإن أبىٰ الآخر.

وله أن يقر بدين عليه من مال الشركة لمن لا يتهم عليه، ويلزم شريكه الآخر، لا لمن يتهم عليه؛ كابن وزوجة وصديق ملاطف فلا يلزم صاحبه.

وله أن يبيع سلعة من مال الشركة بدين، أي بثمن لأجل معلوم.

ولا يجوز له الشراء بالدين؛ لأنه إذا اشترىٰ بدين في ذمته للشركة من غير إذن شريكه لم يكن لصاحبه شيء من ربحها ولا عليه شيء من خسارتها؛ لأنهما من شركة الذمم وهي لا تجوز، لئلا يأكل شريكه ربح ما لم يضمن أو يغرم ما ليس عليه؛ لأن ضمان الدين من المشتري وحده؛ فإن أذن له في سلعة معينة جاز؛ لأنه صار بالإذن له وكيلًا عنه فيما يخصه، فكانا بمنزلة رجلين اشتريا سلعة بينهما بدين فإنه جائز قطعًا(1).

غصب أحد المفاوضين شيئًا فهلك أو غاب حتى ضمن:

ولو غصب أحد المفاوضين شيئًا فهلك أو غاب حتىٰ ضمن، لا يؤاخذ به شريكه عند أبي يوسف وابن القاسم من المالكية، وقال أبو حنيفة ومحمد: يؤاخذ به شريكه أيضًا(2).

وجاء في «المدونة الكبرى»: في كفالة أحد المتفاوضين وغصبه وجنايته أتلزم شريكه أم لا؟

(1) «حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (7/ 495، 496).

(2) «مجمع الضمانات» (2/ 633) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 80، 81).

قلت: أيلزم كفالة أحد المتفاوضين شريكه أم لا؟ قال: لا يلزم ذلك شريكه، لأن هذا معروف.

قلت: أرأيت ما اغتصب أحد المتفاوضين، أو عقر دابة أو أحرق ثوبًا. أو تزوج امرأة، أو آجر نفسه فعمل الطين والطوب، أو حمل علىٰ رأسه أو نحو هذه الأشياء، أو جنىٰ جناية، أيلزم من ذلك شريكه شيء أم لا؟

قال: لا شيء علىٰ شريكه في شيء من هذا، ولا يكون له فيما أصاب شيء.

قلت: تحفظه عن مالك؟ قال: لا، ولكن هذا رأيي[1].

(1) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 80، 81).

النوع الثالث: شركة الصنائع أو الأبدان:

تعريف شركة الصنائع أو الأبدان:

قال الحنفية: شركة الصنائع أو الأبدان أو التقبل: وهي أن يشترك صانعان متفقا الصنعة كخياطين أو مختلافاها نحو خياط وصباغ أو غيرهما فيقولا اشتركنا علىٰ أن نعمل فيه علىٰ أن ما رزق الله عَزَّوَجَلَّ من أجرة فهي بيننا علىٰ شرط كذا[1].

وقال المالكية: شركة الأبدان: هي عقد علىٰ عمل كخياطة أو حياكة بينهما، والربح في النوعين بينهما علىٰ حسب ما لكل أو عمله بما يدل عرفًا، فلا يشترط صيغة مخصوصة، بل المدار علىٰ ما يحصل به الإذن والرضا من الجانبين.

ولزمت بما يدل عليها من صيغة لفظية أو غيرها؛ لفظية ك: شاركني، فيرضىٰ الآخر بسكوت أو إشارة أو كتابة، فليس لأحدهما المفاضلة قبل الخلط إلا برضاهما معًا[2].

وقال الشافعية: شركة الأبدان: وهو أن يشترك صانعان ليعملا بأبدانهما ويشتركان في كسبهما[3].

وقال الحنابلة: شركة الأبدان على ضربين: أحدهما: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يتقبلان بأبدانهما في ذممهما من العمل كالصناع يشتركون علىٰ أن يعملوا في صناعاتهم فيما رزق الله تعالىٰ فهو بينهم.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 57)، و«الهداية» (3/ 10)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 433)، و«اللباب» (1/ 532)، و«مختصر الوقاية» (2/ 183).

(2) «الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (7/ 476).

(3) «الحاوي الكبير» (6/ 479).

والضرب الثاني: أن يشتركا في تملك المباحات؛ كاحتشاش واصطياد وتلصص علىٰ دار الحرب ونحوه كسلب من يقتلانه بدار حربٍ[1].

حكم شركة الأبدان أو الصنائع:

اختلف الفقهاء في حكم شركة الأبدان هل هي جائزة أم لا؟

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة في المذهب إلىٰ أن شركة الأبدان جائزة إذا اتفقت الصنعة كحداد مع حداد ونجار مع نجار وهكذا.

ودليل جواز هذه الشركة: ما رواه أبو عبيدة عن عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «**اشْتَرَكْتُ أنا وعَمَّارٌ وسَعْدٌ فِيما نصِيبُ يوم بدْرٍ قال فجَاءَ سعْدٌ بِأسِيرَيْنِ ولم أجِئْ أنا وعَمَّارٌ بِشيْءٍ**»[2].

ولأن العمل مما يجوز المضاربة عليه فجازت الشركة عليه من جهتهما كالمال، ولأنه أحد أصلي عقد القراض كالمال، ولأن المقصود من شركة المال هو العمل بدليل أن نماء المال واستحقاق الربح يكون علىٰ العمل وأنهما لو شرطا العمل علىٰ أحدهما لم يجز، ولو شرطا المال من عند أحدهما والعمل من الآخر لجاز ولكان مضاربة، وإذا صح هذا وجب متىٰ اشتركا في عمل البدن أن يصح لإيقاعهما العقد علىٰ الوجه الذي له يقصد وهو الأصل فيه، ولأن العمل نوع من الشركة فصح أن يكون من جهة أحد الشريكين ويستحق به

---

(1) «المغني» (5/ 4)، و«كشاف القناع» (3/ 618، 619)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 591، 592).

(2) حَدِيثٌ ضَعِيفٌ: رواه أبو داود (3388)، والنسائي (3937/ 4697)، والدارقطني (3/ 34)، وابن ماجه (2288)، وابن أبي شيبة (7/ 365)، بإسناد منقطع فإن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه.

الربح بدليل المضاربة، وكل ما جاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه كالمال.

ولأن الناس يتعاملون بهذا النوع من الشركة في سائر الأعصار والأمصار من غير إنكار عليهم من أحد فصار ذلك إجماعًا منهم، ولأنها يشتمل علىٰ الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل علىٰ الجائز جائز.

ولأنه نوع شركة فوجب أن يكون منها ما يصح كشركة الأموال.

وهذه الشركة لم تشرع لاستنماء المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة إلىٰ تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلىٰ تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الأصل أولىٰ.

ولأن عمل البدن أصلا قد يستفاد به المال إذا انفرد والمال فرع عليه لا يستفاد به النماء إلا مع العمل فلما صحت الشركة في الأموال فأولىٰ أن تصح في أعمال الأبدان، ولأن العامل في القراض شريك ببدنه في مال غير مماثل لعمله فكانت الشركة في أعمال الأبدان المماثلة أولىٰ.

ولأن كثير من مصالح المسلمين لا ينتظم بدونها، كالصناع المشتركين في الحوانيت، من الدلالين وغيرهم؛ فإن أحدهم لا يستقل بأعمال الناس، فيحتاج إلىٰ معاون، والمعاون لا يمكن أن تقدر أجرته وعمله كما لا يمكن مثل ذلك في المضاربة، ونحوها، فيحتاجون إلىٰ الاشتراك[1].

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 58)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 10)، و«مجمع الضمانات» (647، 648)، «المعونة» (2/ 142، 143)، و«الإشراف» (3/ 68، 69)، و«التلقين» (2/ 414)، و«المغني» (5/ 4)، و«الكافي» (2/ 262)، و«مجموع الفتاوىٰ» (30/ 99)، و«بداية المجتهد» (2/ 192)، و«الإفصاح» (1/ 447).

وقال الشافعية: شركة الابدان باطلة سواء اتفقا في الصنعة أو اختلفا كالخياط والنجار، لأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه فاختص بفوائده كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة ليكون الدر والنسل بينهما فإنه لا يصح.

و«لنهيه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الغرر» وشركة الأبدان غرر. لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر، ولأنها شركة عريت عن مشترك في الحال فوجب أن تكون باطلة أصله إذا اشتركا فيما يستوهبانه؛ ولأنها شركة في منافع أعيان متميزة فوجب أن تكون باطلة إذا اشتركا في بعيرين لا يؤجراهما ويشتركا في أجرتهما. ولأن المقصود من شركة الأبدان هو العمل، كما أن المقصود من شركة الأموال هو المال فلما كانت الجهالة بقدر المال فوجب فساد الشركة ووجب أن تكون الجهالة بالعمل توجب فساد الشركة والعمل مجهول بكل حال، لأن ما يعمله كل واحد منهما غير مقدر. وقد يمرض فلا يعمل.

ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان أحدهما هو أن وقوع الجهالة بحصة كل منهما يمنع من صحة الشركة كما لو خلطا مالين لا يعرفان قدرهما.

والثاني هو أنها معاوضة لو كانت في الأموال بطلت بالجهالة فوجب إذا كانت في الأعمال أن تبطل بالجهالة أصله إذا قال قد استأجرتك لتبني لي على ألا أضبع لك.

فإذا فعلا ذلك واكتسبا نظر إن انفردا فلكل كسبه وإلا فيقسم الحاصل علىٰ قدر أجرة المثل لا بحسب الشرط[1].

---

(1) «الحاوي الكبير» (6/ 479)، و«روضة الطالبين» (3/ 477)، و«البيان» (6/ 371، 372)، و«مغني المحتاج» (3/ 183)، و«النجم الوهاج» (5/ 8)، و«بداية المجتهد» (2/ 192)، و«الإفصاح» (1/ 447)، وسئل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله عمن ولي أمرًا من أمور المسلمين ومذهبه لا يجوز شركة الأبدان فهل يجوز له منع الناس؟

فأجاب: ليس له منع الناس من مثل ذلك، ولا من نظائره مما يسوغ فيه الاجتهاد، وليس معه بالمنع نص من كتاب ولا سنة ولا إجماع، ولا ما هو في معنىٰ ذلك، لا سيما وأكثر العلماء علىٰ جواز مثل ذلك، وهو مما عمل به عامة المسلمين في عامة الأمصار.

وهذا كما أن الحاكم ليس له أن ينقض حكم غيره في مثل هذه المسائل، ولا للعالم والمفتي أن يلزم الناس باتباعه في مثل هذه المسائل.

ولهذا لما استشار الرشيد مالكًا أن يحمل الناس علىٰ موطئه في مثل هذه المسائل منعه من ذلك، وقال: إن أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تفرقوا في الأمصار، وقد أخذ كل قوم من العلم ما بلغهم.

وصنف رجل كتابًا في الاختلاف، فقال أحمد: لا تسمه «كتاب الاختلاف» ولكن سمه «كتاب السنة».

ولهذا كان بعض العلماء يقول: إجماعهم حجة قاطعة، واختلافهم رحمة واسعة.

وكان عمر بن عبد العزيز يقول: ما يسرني أن أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يختلفوا، لأنهم إذا اجتمعوا علىٰ قول فخالفهم رجل كان ضالًّا، وإذا اختلفوا فأخذ رجل بقول هذا، ورجل بقول هذا كان في الأمر سعة. وكذلك قال غير مالك من الأئمة: ليس للفقيه أن يحمل الناس علىٰ مذهبه.

ولهذا قال العلماء «المصنفون» في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أصحاب الشافعي وغيره: إن مثل هذه المسائل الاجتهادية لا تنكر باليد، وليس لأحد أن يلزم الناس باتباعه فيها، ولكن يتكلم فيها بالحجج العلمية، فمن تبين له صحة أحد القولين تبعه، ومن قلد أهل القول الآخر فلا إنكار عليه ونظائر هذه المسائل كثيرة، مثل تنازع الناس في بيع الباقلاء الأخضر في قشريه، وفي بيع المقاشي جملة واحدة، وبيع المعاطاة والسلم الحال، واستعمال الماء =

شروط صحة شركة الأبدان:

تجوز شركة الأبدان- كما سبق- كالخياطة والحياكة والتجارة، بشروط:

1- اتحاد الصنعة كخياطين أو نجارين:

اتفق الفقهاء الذين قالوا بجواز شركة الأبدان وهم الحنفية والمالكية والحنابلة علىٰ أن الشركة تصح إذا اتحدت الصنعة كخياطين أو نجارين أو حدادين.

ثم اختلفوا فيما إذا اختلفت الصنعة كنجار مع حداد فذهب الحنفية خلافا لزفر والحنابلة في المذهب إلىٰ جوازها سواء اتحدت الصنعة أم اختلفت لأنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر

= الكثير بعد وقوع النجاسة فيه إذا لم تغيره، والتوضؤ من مس الذكر، والنساء، وخروج النجاسات من غير السبيلين، والقهقهة، وترك الوضوء من ذلك، والقراءة بالبسملة سرًّا، أو جهرًا، وترك ذلك. وتنجيس بول ما يؤكل لحمه وروثه، أو القول بطهارة ذلك، وبيع الأعيان الغائبة بالصفة، وترك ذلك، والتيمم بضربة أو ضربتين إلىٰ الكوعين أو المرفقين، والتيمم لكل صلاة أو لوقت كل صلاة، أو الاكتفاء بتيمم واحد، وقبول شهادة أهل الذمة بعضهم علىٰ بعض، أو المنع من قبول شهادتهم.

ومن هذا الباب الشركة بالعروض، وشركة الوجوه، والمساقاة علىٰ جميع أنواع الشجر و علىٰ الأرض البيضاء فإن هذه المسائل من جنس شركة الأبدان بل المانعون من هذه المشاركات أكثر من المانعين من شركة الأبدان، ومع هذا فمازال المسلمون من عهد نبيهم وإلىٰ اليوم في جميع الأعصار والأمصار يتعاملون بها، وبالمساقاة، ولم ينكره عليهم أحد، ولو منع الناس مثل هذه المعاملات لتعطل كثير من مصالحهم التي لا يتم دينهم ولا دنياهم إلا بها.

ولهذا كان أبو حنيفة يفتي بأن لا تجوز، ثم يفرع علىٰ القول بجوازها ويقول: إن الناس لا يأخذون بقولي في المنع؟ ولهذا صار صاحباه إلىٰ القول بجوازها، كم اختار ذلك من اختاره من أصحاب الشافعي وغيره.اهـ. رَحِمَهُ اللَّهُ. «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 79- 82).

عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك إذا اختلفت الصناعتان. ويدل علىٰ صحة هذا أنه لو قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه.

ولأن استحقاق الأجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلافا.

وذهب المالكية وزفر من الحنفية وأبو الخطاب من الحنابلة إلىٰ أنه يشترط اتحاد الصنعة فلا تصح بين نجار وحداد، لأن شركة الأبدان أجيزت للمعاونة وإذا اختلفت الصنعة انتفت المعاونة ويكون كل واحد باع نصف كسبه بنصف كسب صاحبه لغير ضرورة.

ولأن أحدهما لا رفق له في مشاركة الآخر فلا حاجة به إلىٰ معاونته ولا تعلق لكسبه بعمله، فإنما قصد الغرر والقمار فقط فلأن كل واحد منهما يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه ليشاركه الآخر في مثل ذلك فلم يصح، أصله إذا قال: اتجتبر في مالك لنفسك واتجر أنا في مالي لنفسي فما ربحت ذلك نصفه وما ربحت أنت فلي نصفه.

ولأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطالب به كل واحد منهما؛ فإذا تقبل أحدهما شيئًا مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟

إلا أن المالكية أجازوا هذه الشركة إن تلازم عملهما بأن كان أحدهما ينسج والثاني ينير أو يدور، أو أحدهما يصوغ والثاني يسبك له، أو أحدهما

يغوص لطلب اللؤلؤ والثاني يمسك عليه ويجدف؛ فالمراد بالتلازم توقف أحد العملين على الآخر[1].

2- اتحاد المكان:

اختلف الفقهاء هل يشترط أن يتحد الصانعان في مكان واحد أم يجوز أن يكون كل واحد منهما في مكان آخر.

فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا يشترط اتحاد المكان، لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا تتفاوت باتحاد المكان أو اختلافه، لأن أحد الشريكين لو عمل في دكان والآخر في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر.

وقال المالكية: لا يشترط أن يكونا بمكان واحد إن حصل التعاون بينهما وإن بمكانين، بحيث تجول يد كل منهما على ما بيد صاحبه، كخياطين في حانوتين يأخذ كل منهما ما بيد صاحبه إذ ليس المقصود من الجلوس في موضع واحد إلا التعاون.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 65)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 10)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 434)، و«مختصر الوقاية» (2/ 183)، و«مجمع الضمانات» (647، 648)، و«المعونة» (2/ 143)، و«الإشراف» (3/ 70) رقم (929)، و«التلقين» (2/ 414)، و«الذخيرة» (8/ 31)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 51)، و«تحبير المختصر» (4/ 256)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (8/ 17)، و«المغني» (5/ 4)، و«الكافي» (2/ 262)، و«كشاف القناع» (3/ 618)، و«الروض المربع» (2/ 78)، و«شرح منهى الإرادات» (3/ 593)، و«بداية المجتهد» (2/ 192)، و«الإفصاح» (1/ 447).

فإن لم يحصل التعاون بينهما فلا يجوز إلا في موضع واحد، لأن التساوي في العمل لما كان معتبرًا وكان لا يمكن الرفق والمعاونة إلا على هذا الوجه وجب اعتباره[1].

3- التساوي في الربح:

اختلف الفقهاء في الربح في شركة الأبدان هل يكون على قدر العمل أم يشترط التفاضل مع التساوي في العمل.

فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل وإن كان أحدهما أكثر عملًا من الآخر، لأن العمل يستحق به الربح ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به.

ولأنهما يستحقان الربح بالضمان فما حصل من أحدهما من زيادة عمل فهو إعانة لصاحبه، ولأن الأجرة بدل عملهما وأنهما يتفاوتان فيكون أحدهما أجود عملا وأحسن صناعة فيجوز[2].

وقال المالكية: يشترط أن يأخذ كل منهما من الربح بقدر عمله، ولا يضر التبرع بعد العقد. وفسدت إن شرطا التفاوت ولا يضر شرط التساوي إن تقاربا في العمل.

---

(1) «مختصر اختلاف العلماء» (4/ 10)، و«شرح فتح القدير» (6/ 187)، و«العناية» (8/ 294)، و«مجمع الضمانات» (647)، و«المعونة» (2/ 143)، و«التلقين» (2/ 414)، و«الذخيرة» (8/ 31)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 51)، و«تحبير المختصر» (4/ 256)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (8/ 17)، و«الإفصاح» (1/ 448).

(2) «الجوهرة النيرة» (3/ 434)، و«مختصر الوقاية» (2/ 183)، و«مجمع الضمانات» (647)، و«المغني» (5/ 5)، و«الإفصاح» (1/ 448).

لأنه يشترط في صحة شركة الأبدان أن يتساويا في العمل بأن يأخذ كل واحد بقدر عمله فيما إذا اتحد وبقدر قيمته في غيره؛ فإذا كان عمل أحدهما الثلث وعمل الآخر الثلثين وكان يأخذ كل واحد من الغلّة بقدر ما عمل جاز وليس المراد بالتساوي أن يكون عمل كل واحد كعمل الآخر والتقارب كالتساوي؛ فإذا كان عمل أحدهما يقرب من الثلث وعمل الآخر يزيد على الثلثين على أن يأخذ قدر الثلث ويأخذ الآخر الثلثين جاز ويرجع في التقارب لأهل المعرفة.

واغتفر التفاوت اليسير في العمل مع كون الربح بينهما بالسوية؛ ككون عمل أحدهما أقل من النصف قليلًا وعمل الآخر أكثر منه قليلًا أو كان عمل أحدهما أكثر من الثلث قليلًا وعمل الآخر أقل من الثلثين قليلًا وقسما على الثلث والثلثين[1].

4- الاشتراك في الآلة: نص المالكية على أنه يشترط أن يشتركا في الآلة التي بها العمل؛ كالفأس والقدوم والمطرقة وغير ذلك، إما بملك أو إجارة لهما من غيرهما، أو كان أحدهما يملك الآلة واستأجر صاحبه منه نصفها؛ فإن كانت الآلة من أحدهما دون الآخر لم يجز[2].

إذا كان العمل من جانب والدكان أو الآلة من جانب آخر:

قال الإمام الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو أن رجلا أجلس في دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس أن لا تجوز هذه الشركة؛ لأنها شركة العروض، لأن من

(1) «المعونة» (2/ 143)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 51)، و«تحبير المختصر» (4/ 256)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (8/ 17).

(2) «شرح مختصر خليل» (6/ 51)، و«تحبير المختصر» (4/ 256)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (8/ 17).

أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت والحانوت من العروض وشركة العروض غير جائزة.

وفي الاستحسان جائزة، لأن هذه شركة الأعمال؛ لأنها شركة التقبل وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة الأعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا، لأن مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جائزة بأن يوكل خياط أو قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل وكيلا يتقبل العمل.

فإن كان لهما كلب فأرسلاه جميعا كان ما أصاب بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

ولو كان الكلب لأحدهما وكان في يده فأرسلاه جميعا فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة، لأن إرسال الأجنبي لا عبرة به مع إرسال المالك فكان ملحقا بالعدم كأن المالك أرسله وحده.

وإن كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيدا واحدا كان بينهما نصفين لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق وإن أصاب كلب كل واحد منهما صيدا على حدة كان له خاصة؛ لأنه ملكه بفعله فاختص به.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترك رجلان ولأحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فآجراهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم أن هذه الشركة فاسدة ويقسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير.

أما فساد الشركة فلأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح.

ألا ترىٰ أن من قال لآخر أجر بعيرك علىٰ أن تكون الأجرة بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة، ولأن الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها.

وأما قسمة الأجر بينهما علىٰ مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلأن الشركة إذا فسدت فالإجارة صحيحة؛ لأنها وقعت علىٰ منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الأجرة أن تقسم علىٰ قيمة المنافع كما يقسم الثمن علىٰ قيمة المبيعين المختلفين وإن لم يؤاجرا البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة علىٰ ذلك فالأجر بينهما نصفين، لأن هذه شركة العمل لأن الحمل صار مضمونًا عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما علىٰ قدر الضمان وقد تساويا في الضمان فيتساويا في الأجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير علىٰ البغل كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريكين في شركة الصنائع، لأن البدل يقابل الضمان والبغل والبعير هنا آلة إيفاء العمل.

ولو آجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا إذا آجر البغل بعينه كانت الأجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير، لأن العقد وقع علىٰ منافع البعير والبغل بإذن مالكهما فكانت الإجرة له؛ فإن كان الآجر أعانه علىٰ الحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله؛ لأنه استوفىٰ منفعة شريكه بعقد فاسد.

ثم عند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يجاوز به نصف الأجر الذي آجر به في قول أبي يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ علىٰ ما ذكرنا في شركة الاحتطاب.

قصاران لأحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا علىٰ أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا علىٰ أن الكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزا وكذلك الصاغة

والخياطون والصباغون، لأن الأجر هنا بدل عن العمل لا عن الآلة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدله لهما وكان أحدهما معينا للآخر بنصف الآلة والآخر معينا له بنصف الدكان وهو نظير المسألة المتقدمة وهي أن يتقبلا حمولة ويحملاها علىٰ دابتهما.

ولو اشتركا ولأحدهما دابة وللآخر إكاف وجوالقان علىٰ أن يؤاجرا الدابة علىٰ أن أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعا أما فساد الشركة فلما ذكرنا أن الوكالة علىٰ هذا الوجه لا تصح كذا الشركة وأما الأجر فلأنه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفىٰ منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها.

ولو دفع دابة إلىٰ رجل ليؤاجرها علىٰ أن الأجر بينهما كان فاسدا والأجر لصاحب الدابة وللآجر أجر مثله.

وكذلك السفينة والبيت، لأن الوكالة علىٰ هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والأجر لصاحب الدابة، لأن العاقد عقد علىٰ ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله، لأن صاحب الدابة استوفىٰ منافعها بعقد فاسد ولو كان دفع إليه الدابة ليبيع عليها الطعام علىٰ أن الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها.

وكذا البيت، لأن الكسب حصل بعمله وقد استوفىٰ منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز أن اتفقت أعمالها أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا.

وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تجوز هذه الشركة إلا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على أن الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا، لأن استحقاق الأجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عَزَّوَجَلَّ أعلم[1].

لزوم كل واحد منهما ما قبله صاحبه:

قال جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة: يلزم كل واحد من شركاء العمل ما قبله صاحبه ويلزمه ضمان ما قبله صاحبه بلا إذنه.

قال الحنفية: ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه، لأن كل واحد منهما متقبل لنفسه أصالة ولشريكه وكالة وفائدته:أن لكل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجرة ويبرأ الدافع بالدفع إليه، فلصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله والشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالأجرة ويبرأ الدافع بدفع الأجرة إليه، وإن كان إنما عمله الذي تقبله[2].

وقال المالكية: ولزم كلًّا من شركاء العمل ما قبله صاحبه فيلزم الآخر عمله ولزمه ضمان ما قبله صاحبه بلا إذنه؛ لأنهما صارا كالرجل الواحد، فمتى ضاع شيء عن أحدهما أو تلف ضمناه معًا. وإن افترقا فما قبلاه أو أحدهما حال الاجتماع فهو في ضمانهما.

(1) «بدائع الصانع» (6/ 64، 65).

(2) «الجوهرة النيرة» (3/ 434)، و«شرح فتح القدير» (6/ 188)، و«مختصر الوقاية» (2/ 183)، و «مجمع الضمانات» (647)، و«العناية» (8/ 298، 299).

وهذا إذا قبله في حضور صاحبه أو غيبته القريبة كاليومين أو حال مرضه القريب اللذين يلغيان؛ فإن قبله في غيبته أو مرضه الطويلين فإنه لا يلزم صاحبه ضمانه ولا العمل معه[1].

وقال الحنابلة: ما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ويلزمهما عمله، لأن مبنىٰ هذه الشركة علىٰ الضمان فكأنها تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه.

ويلزم غير العارف منهما بذلك العمل أن يقيم مقامه في العمل ليحصل المقصود لكل من الشريكين والمستأجر.

ولو قال أحدهما: أنا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة جعلا لضمان المتقبل كالمال.

ولكل منهما المطالبة بالأجرة لعمل تقبله هو أو صاحبه، وللمستأجر دفعها إلىٰ كل واحد منهما ويبرأ المستأجر بالدفع لأحدهما، لأن كل واحد منهما كالوكيل عن الآخر.

وإن تلفت الأجرة في يد أحدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما تضيع عليهما، لأن كل واحد منهما وكيل الآخر في المطالبة والقبض.

وما يتلف من الأعيان أو الأجرة بتعدي أحدهما أو تفريطه أو تحت يده علىٰ وجه يوجب الضمان عليه كمنع أو جحود فهو - أي التالف - عليه وحده لانفراده بما يوجب الضمان.

---

(1) «الشرح الكبير» (5/ 26)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 53)، و«التاج والإكليل» (4/ 162)، و«تحبير المختصر» (4/ 260)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (8/ 21).

وإن أقر أحدهما بما في يده من الأعيان قبل إقراره عليه وعلىٰ شريكه، لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها بخلاف إقراره بما في يد شريكه أو بدين عليه، ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بدين علىٰ شريكه؛ لأنه لا يد له علىٰ ذلك(1).

الاشتراك في المباح:

اختلف الفقهاء في الاشتراك في المباح كالاحتشاش والاصطياد هل يجوز أم لا؟

فذهب المالكية والحنابلة إلىٰ أنه يصح الاشتراك في تملك المباحات من الاحتشاش والاصطياد والتلصص علىٰ دار الحرب وسائر المباحات كالثمار المأخوذة من الجبال والمعادن لما رواه أبو عبيدة عن عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «**اشْتَرَكْتُ أنا وعَمَّارٌ وسَعْدٌ فِيما نصِيبُ يوم بدْرٍ قال فجَاءَ سعْدٌ بِأسِيرَيْنِ ولم أجِئْ أنا وعَمَّارٌ بِشيْءٍ**»(2). ومثل هذا لا يخفىٰ علىٰ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقد أقرّهم عليه، لأن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالىٰ بينهم ولهذا نقل أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «**من أخذ شيئًا فهو له**» فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق إلىٰ أخذ شيء فهو له فاشتركوا في مكسب مباح وفيما ليس بصناعة فصح كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات؛ فإنه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله.

---

(1) «كشاف القناع» (3/ 618)، و«الروض المربع» (2/ 78)، و«شرح منهىٰ الإرادات» (3/ 592، 593).

(2) حَدِيثٌ ضَعِيفٌ: رواه أبو داود (3388)، والنسائي (3937/ 4697)، والدارقطني (3/ 34)، وابن ماجه (2288)، وابن أبي شيبة (7/ 365)، بإسناد منقطع فإن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه.

ولأنها شركة بدن في تكسّب مباح يكسبه فجازت الشركة فيه كالخياطة، ولأن الحاجة في التعاون إلىٰ ذلك كالحاجة إليه في سائر الصناعات(1).

وذهب الحنفية: لا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وسؤال الناس وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه وعلىٰ هذا الاشتراك في كل مباح كأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعه من أرض مباحة أو الحصىٰ أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية؛ لأن الشركة متضمنة معنىٰ الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل فكل ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة، لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائبًا عنه؛ وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح؛ فإن أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئًا فهو للعامل وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل بإلغاء ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف رحمهما الله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك(2).

---

(1) «الإشراف» (3/ 70)، «مسألة» (928)، و«المعونة» (2/ 143)، و«تحبير المختصر» (4/ 258)، و«المغني» (5/ 5،4)، و«كشاف القناع» (3/ 619)، و«الروض المربع» (2/ 78)، و«شرح منهىٰ الإرادات» (3/ 591، 592)، و«الإفصاح» (1/ 448).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 63)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 436، 437)، و«العناية» (8/ 305)، و«شرح فتح القدير» (6/ 191)، و«مختصر الوقاية» (2/ 184، 185)

إذا عمل أحد الشريكين في شركة الأبدان ولم يعمل الآخر:

قال الحنفية: إن عمل أحدهما دون الآخر بأن مرض أو سافر أو بطَلَ فالأجر بينهما على ما شرطا، لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل، لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط إذا استعان برجل على القصارة والخياطة أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وههنا شرط العمل عليهما؛ فإذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في الضمان بأن شرطا لأحدهما ثلثي الكسب وهو الأجر وللآخر الثلث وشرطا العمل عليهما كذلك سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرطا العمل عليهما، لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل أنه لو عمل أحدهما استحق الآخر الأجر وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل[1].

وقال الحنابلة: إن عمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما، لأن العمل مضمون عليهما معًا، وبضمانهما له وجب الأجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عونًا لصاحبه في حصته، ولا يمنع ذلك استحقاقه، كمن استأجر رجلًا ليقصر له ثوبًا فاستعان القصار بإنسان فقصر معه، كانت الأجرة للقصار المستأجر، كذا ههنا، وسواء ترك العمل لمرض أو غيره؛ فإن طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك؛ فإن امتنع فللآخر الفسخ.

(1) «بدائع الصانع» (6/ 76)، و«تبيين الحقائق» (3/ 321).

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويحتمل أنه متى ترك العمل من غير عذر أن لا يشارك صاحبه في أجرة ما عمله دونه؛ لأنه إنما شاركه ليعملا جميعًا؛ فإذا ترك أحدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته، وإنما احتمل ذلك فيما إذا ترك أحدهما العمل لعذر؛ لأنه لا يمكن التحرز منه[1].

وقال المالكية: إذا مرض أحد شريكي العمل يومًا أو يومين أو غاب مثل ذلك وعمل شريكه؛ فإن المرض يلغى أو الغيبة ويكون ما عمله الحاضر الصحيح بينهما.

بمعنى أنه يرجع عليه بأجرة مثله والأجرة الأصلية بينهما والضمان منهما مثاله لو عاقدًا شخصًا على خياطة ثوب مثلا بعشرة دراهم وغاب أحدهما أو مرض كثيرًا فخاطه الآخر؛ فإن العشرة دراهم بينهما ويقال ما أجرة مثله في خياطته لهذا الثوب؛ فإذا قيل: أربعة دراهم مثلًا رجع على صاحبه بدرهمين.

ومحل هذا فيما قبلاه ثم طرأ مرض أحدهما أو غيبته بعدما قبلاه سوية ومثله إذا قبله أحدهما مع وجود الآخر أو في مرضه القريبين اللذين يلغيان.

أما ما قبله أحدهما بعد طول غيبة الآخر أو طول مرضه فالأجرة الأصلية كلها له.

فإن كثر وتفاحش وطال زمن المرض أو الغيبة بأن زاد على يومين -وقيل خمسة- فلا يلغى عمله ويكون العامل أحق به.

(1) «المغني» (5/ 6)، و«المبدع» (5/ 40)، و«منار السبيل» (2/ 194)، و«مطالب أولى النهى» (3/ 547).

فإن اشتركا وشرطا علىٰ أن من مرض منهما مرضا طويلا أو غاب غيبة بعيدة يكون ما عمل الآخر بينهما؛ فإن الشركة تفسد، فإن عملا كان ما اشتركا فيه بينهما وما انفرد به أحدهما اختص بأجرته دون الآخر.

وإن لم يشترطاه وأحب أحدهما أن يعطي صاحبه نصيبه مما عمله جاز.

وهل يلغىٰ اليومان من المدة الطويلة كما تلغىٰ المدة القصيرة أو لا يلغيان الأول قاله بعض القرويين والثاني قاله اللخمي [1].

وجاء في «المدونة» **(في الصانعين والشريكين بعمل أيديهما يمرض أحدهما أو يغيب)**:

قلت: أرأيت لو أن قصارين أو حدادين أو أهل الصناعات كلهم، اشترك أهل نوع علىٰ ما رزقا الله بينهما فمرض أحدهما وعمل الآخر؟

قال: قال مالك: إذا اشتركا وكانا في حانوت، فمرض أحدهما وعمل الآخر، والعمل بينهما فلا بأس بذلك. وكذلك إن غاب أحدهما اليوم واليومين وما أشبه، وعمل الآخر فالعمل بينهما، لأن هذا أمر جائز بين الشركاء.

قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ: ولكن إن مرض فتطاول به مرضه أو ما أشبهه، وغاب فتطاول ذلك فهذا يتفاحش؛ فإن عمل الحاضر والصحيح فأحب أن يجعل نصف العمل لشريكه الغائب أو المريض من غير شرط كان بينهما في أصل الشركة أنه: من مرض منا المرض الطويل، أو غاب مثل الغَيبة البعيدة، فما عمل الآخر فهو بينهما؛ فإذا لم يكن هذا الشرط فأراد العامل أن يعطي المريض أو الغائب نصف ما عمل فلا بأس بذلك، وإن كان الشرط بينهما فالشركة فاسدة.

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 27، 28)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 54)، و«تحبير المختصر» (4/ 260، 261)، و«مواهب الجليل» (7/ 77)، و«التاج والإكليل» (4/ 163)، و«البهجة في شرح التحفة» (2/ 354).

قلت: تحفظ هذا عن مالك في المرض الطويل والغيبة الطويلة؟

قال: لا، إلا أن مالكًا قال: يتعاون الشريكان في المرض والشغل فحملت أنا ذلك علىٰ المرض الخفيف والغَيبة القريبة، قلت: فإن كان هذا الشرط بينهما وأفسدت هذه الشركة بينهما، كيف يصنع بما عملا؟

قال: يكون ما عملا إلىٰ يوم مرض أو غاب بينهما علىٰ قدر عملهما، وما عمل الصحيح بعد المريض أو الحاضر بعد الغائب فذلك للعامل، ولا يكون لصاحبه فيه شيء[1].

(1) «المدونة الكبرىٰ» (5/ 51، 52).

النوع الرابع: شركة الوجوه:

شركة الوجوه عند الحنفية: هي أن يشترك اثنان من الناس دون أن يكون لهما رأس مال لكن لهما وجاهة عند الناس وثقة التجار بهم فيقولا: اشتركنا علىٰ أن نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد علىٰ أن ما رزق الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ من ربح فهو بيننا علىٰ شرط كذا وسمي هذا النوع شركة الوجوه؛ لأنه لا يباع بالنسيئة إلا الوجيه من الناس عادة ويحتمل أنه سمي بذلك، لأن كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعهما بالنسيئة[1].

ونفس التعريف أيضًا عند الحنابلة فقالوا: شركة الوجوه فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهم من غير أن يكون لهما رأس مال علىٰ أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا أو نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالىٰ فهو بينهما[2].

وقال المالكية: هي أن يشتركا علىٰ غير مال ولا عمل وهي الشركة علىٰ الذمم بحيث إذا اشتريا شيئًا كان في ذمتهما وإذا باعاه اقتسما ربحه وما حصل من ضمان عليهما[3].

وفسرها الشافعية على صور:

أشهرها أن يشترك وجيهان عند الناس ليبتاعا في الذمة إلىٰ أجل علىٰ أن ما يبتاعه كل واحد يكون بينهما فيبيعانه ويؤديان الإثمان فما فضل فهو بينهما.

---

(1) «المبسوط» (11/ 152)، و«بدائع الصانع» (6/ 57)، و«الهداية» (3/ 11)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 435)، و«الاختيار» (3/ 20)، و«تبيين الحقائق» (3/ 322).

(2) «المغني» (5/ 9)، و«الفروع» (4/ 301).

(3) «الإشراف» (3/ 72) رقم (931)، و«القوانين الفقهية» (1/ 187).

الثانية: أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلىٰ خامل ويشترطا أن يكون ربحه بينهما.

والثالثة: أن يشتري وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده لا يسلمه إلىٰ الوجيه والربح بينهما وبهذا الثالث فسرها ابن كج والإمام.

ويقرب منه ما ذكره الغزالي وهو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعض الربح[1].

حكم شركة الوجوه:

اختلف الفقهاء في حكم شركة الوجوه هل هي جائزة أم لا؟

فذهب الحنفية والحنابلة إلىٰ أن هذه الشركة جائزة باعتبار ما فيها من الوكالة، فإن توكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء علىٰ أن يكون المُشْتَرَىٰ بينهما نصفين أو أثلاثًا صحيح، فكذا الشرط الذي يتضمن هذه الوكالة. ولتعامل الناس بها من غير نكير، ولأنها مشتملة علىٰ مصلحة من غير مضرة.

وذهب المالكية والشافعية إلىٰ بطلان هذه الشركة، لأن الأصل عدم شرعيتها، ولأن حقيقة الشركة أن يشتركا في شيء عند العقد إما مال أو بدن

(1) «روضة الطالبين» (3/ 478)، قال النووي: وهي في الصور كلها باطلة إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند القسمة.

ثم ما يشتريه أحدهما في الصورة الأولىٰ، والثانية فهو له يختص بربحه وخسرانه ولا يشاركه فيه الآخر إلا إذا صرح بالإذن في الشراء بشرط التوكيل في الشراء وقصد المشتري موكله.

وأما الصورة الثالثة فليست بشركة في الحقيقة بل قراض فاسد لاستبداد المالك باليد فان لم يكن المال نقدًا زاد للفساد وجه آخر.

وكلاهما معدومان في هذه المسألة فلا يصح ولا يكفي العقد لأنهما لو جعلا الربح كله لأحدهما لامتنع. مع ما في ذلك من الغرر، لأن كل واحد منهما عارض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص.

ولأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له، فلا يشاركه غيره فيه؛ فإن أذن أحدهما لصاحبه أن يشتري له عينا معينة، أو موصوفة، وبين له الثمن، فاشترىٰ له، ونواه عند الشراء.. كان ذلك للآمر[1].

التفاضل في الربح والوضيعة:

اختلف الحنفية والحنابلة في الربح هل يجوز لأحدهما أن يكون له ربح أكثر من الآخر أم لا؟

فذهب الحنفية والقاضي من الحنابلة إلىٰ أنه لابد أن يكون الربح بينهما علىٰ قدر ملكيهما؛ فإن شرط مناصفة المشترىٰ بينهما أو مثالثته فالربح كذلك، أي يكون بينهما مناصفة في صورة مناصفة المشترىٰ، ومثالثةً في صورة مثالثة المشترىٰ.

فإن شرط الفضل في الربح بأن تكون حصة ربح أحدهما زائدة عن قدر ملكه فهذا الشرط باطل؛ فإن الربح يكون علىٰ قدر الملك في المشترىٰ، فكان

(1) «المبسوط» (11/ 152)، و«بدائع الصنائع» (6/ 57)، و«الهداية» (3/ 11)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 435)، و«الاختيار» (3/ 20)، و«تبيين الحقائق» (3/ 322)، و«شرح فتح القدير» (6/ 190)، و«مجمع الأنهر» (2/ 562)، و«الإشراف» (3/ 72) رقم (931)، و«الذخيرة» (8/ 29)، و«القوانين الفقهية» (1/ 187)، و«بداية المجتهد» (2/ 192)، و«روضة الطالبين» (3/ 478)، و«البيان» (6/ 374)، و«المغني» (5/ 9)، و«شرح الزركشي» (2/ 144)، و«الفروع» (4/ 301)، و«الإنصاف» (5/ 458، 459)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 590، 591)، و«الإفصاح» (1/ 448).

الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو غير جائز، وإنما جاز في العنان ذلك باعتبار جواز زيادة العمل من أحدهما، وهذا الاعتبار إنما يجوز إذا كان المال معلومًا، كما في المضاربة والعنان، وهنا ليس كذلك.

ولأن هذه شركة منعقدة على الضمان والضمان يستحق به الربح بمقدار ما ضمن كل واحد منهما بالعقد؛ فإن شرط له أكثر من نصيبه لم يجز؛ لأنه ربح شرط له من غير مال ولا عمل فلا يجوز، ولأن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك في المشترئ فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه كما تقدم.

فإن أراد التفاوت في الربح فينبغي أن يشترط التفاوت في ملك المشتري بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه.

وقال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترئ، لأن الربح يستحق الضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح.

وقال الحنابلة في المذهب: الربح بينهما كما شرطا من تساو وتفاضل؛ لأن أحدهما قد يكون أوثق عند التجار وأبصر بالتجارة من الآخر، ولأنها منعقدة على عمل وغيره فكان ربحها على ما شرط كشركة العنان.

ولأنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما يعملان فيه.

قلنا: إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذا ها هنا.

وأما الوضيعة أي الخسران بتلف أو بيع بنقصان عما اشترىٰ به أو غير ذلك فيكون علىٰ قدر ملكيهما فيما يشتريانه عند الحنفية والحنابلة فمن له فيه ثلثان فعليه ثلثا الوضيعة ومن له الثلث فعليه ثلثها.

وقال الحنابلة: سواء كان الربح بينهما كذلك أولًا، لأن الوضيعة نقص رأس المال وهو مختص بملاكه فيوزع بينهم علىٰ قدر الحصص[1].

وقال الحنفية: كل واحد من شريكي الوجوه وكيل للآخر فيما يشتريه[2].

وقال الحنابلة: ولا يشترط لصحتها ذكر جنس ما يشتريانه ولا ذكر قدره ولا ذكر وقت الشركة فلو قال أحدهما للآخر: كل ما اشتريت من شيء فبيننا وقال له آخر كذلك صح العقد ولا يعتبر ذكر شروط الوكالة؛ لأنها داخلة في ضمن الشركة، بدليل المضاربة وشركة العنان.

وكل من شريكي الوجوه وكيل الآخر في بيع وشراء وكفيله بالثمن، لأن مبناها علىٰ الوكالة والكفالة.

وملكٌ فيما يشتريان كما شرطا لحديث: «**المؤمنون عند شروطهم**»، ولأنها مبنية علىٰ الوكالة فتتقيد بما وقع الإذن والقبول فيه.

---

(1) «المبسوط» (11/ 154)، و«بدائع الصانع» (6/ 65)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 435)، و«مختصر الوقاية» (2/ 184)، و«اللباب» (1/ 543)، و«شرح فتح القدير» (6/ 190)، و«البحر الرائق» (197)، و«مجمع الأنهر» (2/ 562)، و«المغني» (5/ 19)، و«شرح الزركشي» (2/ 144)، و«الفروع» (4/ 301)، و«الإنصاف» (5/ 458، 459)، و«كشاف القناع» (3/ 616، 617)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 591).

(2) «الجوهرة النيرة» (3/ 435)، و«اللباب» (1/ 543).

وتصرفهما أي شريكي الوجوه فيما يجوز ويمتنع ويجب وشروط وإقرار وخصومة وغيرها كتصرف شريكي عنان على ما سبق[1].

(1) «المغني» (5/ 19)، و«شرح الزركشي» (2/ 144)، و«الفروع» (4/ 301)، و«الإنصاف» (5/ 458، 459)، و«كشاف القناع» (3/ 616، 617)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 590، 591).

كتاب المضاربة أو القراض

كتاب المضاربة أو القراض

تعريف المضاربة:

المضاربة والقراض اسمان دالان لمعنىً واحد والمضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السفر للتجارة سمي بها، لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله، يقول الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المُزَّمِّل: 20] أي يسافرون للتجارة ونحوها. وقيل: من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم.

والقِراض: مأخوذ من القرض وهو القطع؛ لأن رب المال قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح: وقيل: أصلها من القرض في الأرض وهو قطعها بالسير فيها. وقيل: المقارضة الموازنة يقال تقارض الشاعران إذا وازن كل واحد صاحبه وها هنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا.

وتسميه المضاربة بهذا الاسم لغة أهل العراق أما أهل الحجاز فيسمون عقد المضاربة قراضًا أو مقارضة.

والمالكية والشافعية يسمونه قراضًا والحنفية والحنابلة يسمونه مضاربة.

وتسمىٰ أيضًا معاملة.

المضاربة والقِراض في اصطلاح الفقهاء:

المضاربة أو القراض عرفها الفقهاء بتعريفات متقاربة مضمونها أن يدفع الرجل مالا إلىٰ غيره ليتجر فيه ويشتري ويبيع ويبتغي من فضل الله ويكون الربح بينهما علىٰ جزء مشاع يتفقان عليه من قليل أو كثير علىٰ ما نبينه.

قال الحنفية: دفع المال إلىٰ من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما علىٰ ما شرطا(1).

وقيل: عبارة عن عقد بين اثنين، يكون من أحدهما المال، ومن الآخر التجارة فيه، ويكون الربح بينهما(2).

وقال المالكية: القِراض دفع مالكٍ مالًا من نقد مضروب مُسَلَّم- لا بدين عليه أو محال علىٰ أحد- معلوم قدرًا وصفة لمن يتجر به في نظير جزء شائع معلوم من ربحه قل أو كثر بصيغة دالة علىٰ ذلك، ولو من أحدهما وبرضىٰ الآخر. ولا يشترط اللفظ؛ كالبيع والإجارة(3).

---

(1) «العناية شرح الهداية» (12/ 128).

(2) «الجوهرة النيرة» (3/ 441)، و«مختصر الوقاية» (2/ 187).

(3) «الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (8/ 384).

وقيل: توكيل علىٰ تجر بنقد مضروب مسلم من ربه للعامل بجزء شائع من ربحه أي من ربح ذلك المال فلا يجوز أن يعمل بجزء من ربح غيره[1].

وقيل: تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة[2].

وقال الشافعية: أن يدفع المالك إلىٰ العامل مالًا ليتجر العامل فيه بالتجارة ويكون الربح مشترك بينهما علىٰ حسب الشرط من مساواة أو مفاضلة.

فخرج بـ(يدفع): عدم صحة القراض علىٰ منفعة كسكنىٰ الدار، وعدم صحته علىٰ دين سواء كان علىٰ العامل أو غيره[3].

وقال الحنابلة: المضاربة هي دفع مال أو ما في معناه-: أي: معنىٰ الدفع، كوديعة، وعارية وغصب، إذا قال ربها لمن هي تحت يده: ضارب بها علىٰ كذا- معين معلوم قدره لمن يتجر فيه- واحدًا أو أكثر- بجزء معلوم من ربحه له، أو شرط الجزء للعامل ولأجنبي- ولو كان والدًا أو ولدًا- مع عمل من الأجنبي بأن يقول: اعمل في هذا المال بثلث الربح لك ولزيد علىٰ أن يعمل معك؛ لأنه في قوة قوله اعملا في هذا المال بالثلث[4].

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 280)، و«تحبير المختصر» (4/ 504)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 203)، و«مواهب الجليل» (7/ 339).

(2) «المختصر الفقهي شرح حدود ابن عرفة» (11/ 345)، و«التاج والإكليل» (4/ 409).

(3) «روضة الطالبين» (3/ 739)، و«مغني المحتاج» (3/ 341)، و«النجم الوهاج» (5/ 259).

(4) «كشاف القناع» (3/ 594، 595)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 563، 564)، و«الروض المربع» (2/ 72).

حكم المضاربة أو القراض:

لم يثبت في المضاربة حديث صحيح مرفوع إلىٰ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لكن أجمع أهل العلم علىٰ مشروعية المضاربة أو القراض وقد نقل عدد كبير من أهل العلم الإجماع علىٰ ذلك.

قال أبو بكر ابن المنذر رَحِمَهُ اللَّهُ: لم نجد للقراض في كتاب الله عَزَّ وَجَلَّ ذكرًا، ولا في سنة نبي الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ووجدنا أهل العلم قد أجمعوا علىٰ إجازة القراض بالدنانير والدراهم، فوجب إذ كان الأمر كذلك أن نجيز منه ما أجمعوا عليه، ونقف عن إجازة ما اختلفوا فيه منه. وقد رويت أخبار عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ تدل علىٰ تصحيح المضاربة[1].

وقال الإمام النووي رَحِمَهُ اللَّهُ: ودليل صحته- أي القراض- إجماع الصحابة[2].

وقال الإمام ابن حزم رَحِمَهُ اللَّهُ: كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه ولله الحمد حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فيهما البتة ولكنه إجماع صحيح مجرد والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعلمه فأقره ولولا ذلك ما جاز[3].

وقال أيضًا: القراض كان في الجاهلية وكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم من غيرها وفيهم الشيخ الكبير الذي لا يطيق السفر والمرأة والصغير واليتيم

(1) «كشاف القناع» (3/ 594، 595)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 563، 564)، و«الروض المربع» (2/ 72).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 739).

(3) «مراتب الإجماع» ص(91).

فكانوا وذوو الشغل والمرض يعطون المال مضاربة لمن يتجر به بجزء مسمىٰ من الربح فأقرّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذلك في الإسلام وعمل به المسلمون عملا متيقنا لا خلاف فيه ولو وجد فيه خلاف ما التفت إليه؛ لأنه نقل كافة بعد كافة إلىٰ زمن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعلمه بذلك وقد خرج صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قراض بمال خديجة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا[1].

وقال الإمام الجويني رَحِمَهُ اللهُ: وهذه المعاملة- أي القراض- صحيحة باتفاق العلماء في الجملة... ثم قال: ولا يجوز أن يكون للإجماع مستندٌ يحتاج الناظر إلىٰ الغوص عليه، وتدقيق النظر في دَرْكه إلىٰ هذا الحد، ولا بدّ وأن يكون للإجماع صَدَرٌ عن أصلٍ، ويبعد في مطّرد العرف خفاؤه، فلا وجه فيه إلا القطعُ بأنهم ألفوا هذه المعاملة في عصر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شائعةً بين المتعاملين وتحققوا التقرير عليها شرعًا، وكان شيوع ذلك في الخلق أظهرَ من أن يُحتاج فيه إلىٰ نقل أقاصيص، فكان الإجماع عن مثل هذا[2].

وقال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: وأجمع المسلمون علىٰ جواز المضاربة وأنها دفع ماله لمن يعمل عليه بجزء من ربحه فكل عين تنمىٰ فائدتها من العمل عليها جاز لصاحبها دفعها لمن يعمل عليها بجزء من ربحها[3].

وقال ابن هبيرة رَحِمَهُ اللهُ: اتفقوا علىٰ جواز المضاربة وهي القراض[4].

---

(1) «المحلىٰ» (8/ 247).

(2) «نهاية المطلب» (7/ 437، 439).

(3) «إغاثة اللهفان» (2/ 43).

(4) «الإفصاح» (1/ 449).

وقد استدل بعض الفقهاء الحنفية وبعض الشافعية كالماوردي علىٰ جواز المضاربة بالكتاب والسنة.

أما الكتاب: فقوله تعالىٰ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: 20]. والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عَزَّوَجَلَّ، وقوله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: 10]، وقوله تعالىٰ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: 198].

وأما السنة: فَمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: **«كَانَ الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ إِذَا دَفَعَ مَالًا مُضَارَبَةً اشْتَرَطَ عَلَىٰ صَاحِبِهِ أَنْ لَا يَسْلُكَ بِهِ بَحْرًا، وَلَا يَنْزِلَ بِهِ وَادِيًا، وَلَا يَشْتَرِيَ بِهِ ذَاتَ كَبِدٍ رَطْبَةٍ؛ فَإِنْ فَعَلَ فَهُوَ ضَامِنٌ، فَرَفَعَ شَرْطَهُ إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ** صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، **فَأَجَازَهُ»**(1).

وكذا بعث رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم علىٰ ذلك والتقرير أحد وجوه السنة.

قال الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأما الإجماع فإنه روي عن جماعة من الصحابة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمرو وسيدتنا عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون إجماعًا.

وعلىٰ هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلىٰ يومنا هذا في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد.

---

(1) أخرجه الدارقطني (3081)، والبيهقي (11611)، وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (4/ 161): رواه الطبراني في «الأوسط» وفيه أبو الجارود الأعمىٰ وهو متروك كذاب.

وإجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس ونوع من القياس يدل علىٰ الجواز أيضًا وهو أن الناس يحتاجون إلىٰ عقد المضاربة، لأن الإنسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدي إلىٰ التجارة وقد يهتدي إلىٰ التجارة لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالىٰ ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم[1].

واستدل العلماء أيضًا بما رواه مالك والشافعي عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال: «خرَجَ عبد الله وعُبَيْدُ الله ابْنا عُمرَ بن الْخطَّابِ في جيْشٍ إلىٰ الْعِراقِ فلما قفَلاَ مرَّا علىٰ أبي مُوسىٰ الأشْعَرِيِّ وهو أمِيرُ الْبصْرَةِ فرَحَّبَ بِهِما وسَهَّلَ ثمَّ قال: لو أقدر لكُمَا علىٰ أمْرٍ أنفعكما بِهِ لفَعَلْتُ ثمَّ قال: بلَىٰ ها هنا مالٌ من مالِ الله أرِيدُ أن ابعث بِهِ إلىٰ أمِيرِ الْمؤْمِنِينَ فأُسْلِفُكُمَاهُ فتَبْتَاعَانِ بِهِ متَاعًا من متَاعِ الْعِراقِ ثمَّ تبِيعَانِهِ بِالْمدِينَةِ فتُؤَدِّيَانِ رأْسَ الْمالِ إلىٰ أمِيرِ الْمؤْمِنِينَ ويَكُونُ الرِّبْحُ لكُمَا فقَالاَ: وَددْنَا ذلك ففَعَلَ وكَتَبَ إلىٰ عمَرَ بن الخَطَّابِ أن يَأْخذَ مِنْهمَا المَالَ فلما قَدمَا باعَا فَأُرْبِحَا فلما دفعَا ذلك إلىٰ عمَرَ قال: أَكلُّ الجَيْشِ أَسلَفَهُ مثْلَ ما أسلفكما قالاَ: لاَ. فقال عمَرُ بن الخَطَّابِ: ابنَا أَميرِ الْمؤْمِنِينَ فَأَسْلَفكمَا أَدِّيَا المَالَ وَربْحَهُ فأَمَّا عبد الله فسَكَتَ وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أَميرَ الْمؤْمِنِينَ هذا لو نقَصَ هذا المَالُ أو هلَكَ لَضَمنَّاهُ فقال عمَرُ: أَدِّيَاهُ فسَكَتَ عبد الله ورَاجَعَهُ عبيد الله فقال رَجلٌ من جلَسَاءِ عمَرَ: يا أَميرَ الْمؤْمِنِينَ لو جَعَلتَهُ قرَاضًا فقال عمَرُ: قد جَعَلْتهُ قرَاضًا فأَخَذَ عمَرُ رَأسَ المَالِ وَنصْفَ ربْحِهِ وأَخذَ عبد الله وَعبَيْدُ الله ابنَا عمَرَ بن الخَطَّابِ نصْفَ ربْحِ المَالِ»[2].

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 79).

(2) رواه مالك في «الموطأ» (2/ 687) رقم (1372)، والشافعي في «الأم» (4/ 33، 34)، وقال الحافظ ابن حجر في «تلخيص الحبير» (3/ 57): إسناده صحيح.

ووجه الحجة منه، قول الرجل لعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لو جعلته قِراضًا؟ ولم ينكر عليه عمر ولا غيره القراض[1].

قال الجويني رَحِمَهُ اللَّهُ: وقال قائلون: مستند الإجماع في القراض حديثُ عبد الله وعبيد الله ابني عمر... وتعلق العلماء بقول عبد الرحمن: لو جعلته قراضًا؟، وقالوا: التقريرُ علىٰ ذلك، والعملُ بحكمه يدل علىٰ أن القراض كان معلومًا فيهم. وليس في هذا كثير تعلق عندنا، ولا يجوز أن يكون للإجماع مستندٌ يحتاج الناظر إلىٰ الغوص عليه، وتدقيق النظر في دَرْكه إلىٰ هذا الحد، ولا بدّ وأن يكون للإجماع صَدَرٌ عن أصلٍ، ويبعد في مطّرد العرف خفاؤه، فلا وجه فيه إلا القطعُ بأنهم ألفوا هذه المعاملة في عصر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شائعةً بين المتعاملين وتحققوا التقرير عليها شرعًا، وكان شيوع ذلك في الخلق أظهرَ من أن يُحتاج فيه إلىٰ نقل أقاصيص، فكان الإجماع عن مثل هذا[2].

وقال ابن رشد رَحِمَهُ اللَّهُ: والقراض مما كان في الجاهلية فأقرّ في الإسلام، لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلىٰ التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها وليس كل أحد يقدر علىٰ ذلك بنفسه فاضطر فيه إلىٰ استنابة غيره ولعله لا يجد من يعمل له فيه بإجارة لما جرت عادة الناس فيه في ذلك علىٰ القراض فرخص فيه لهذه الضرورة واستخرج بسبب هذه العلة من الإجارة المجهولة علىٰ نحو ما رخص فيه في المساقاة وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه، وصار لهذا الوجه سنة، فلا خلاف في جوازه بين الأمة في الجملة وإن اختلفوا في كثير من شروطه وأحكامه، عمل به الصحابة والسلف، واتبعهم عليه الخلف[3].

(1) «البيان» (7/ 184).

(2) «نهاية المطلب» (7/ 438، 439).

(3) «المقدمات الممهدات» (3/ 6)، و«مواهب الجليل» (7/ 340).

وقد قاس الشافعية القراض على المساقاة؛ لأنها إنما جوزت للحاجة من حيث إن مالك النخيل قد لا يحسن تعهدها ولا يتفرغ له، ومن يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه، وهذا المعنى موجود في القراض.

وهو كما قيل: رخصة خارج عن قياس الإجارات كما خرجت المساقاة عن بيع ما لم يخلق والحوالة عن بيع الدين بالدين والعرايا عن المزابنة(1).

لكن ذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن المضاربة على وفق القياس وليست مخالفة للقياس وأنها على وفق القياس؛ لأنها من جنس المشاركات لا من جنس الإجارات.

قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: فالذين قالوا المضاربة والمساقاة والمزارعة على خلاف القياس ظنوا أن هذه العقود من جنس الإجارة؛ لأنها عمل بعوض والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض فلما رأوا العمل في هذه العقود غير معلوم والربح فيها غير معلوم قالوا تخالف القياس وهذا من غلطهم؛ فإن هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات الخاصة التي يشترط فيها العلم بالعوضين والمشاركات جنس غير جنس المعاوضة وإن قيل: إن فيها شوب المعاوضة وكذلك المقاسمة جنس غير جنس المعاوضة الخاصة وان كان فيها شوب معاوضة حتى ظن بعض الفقهاء أنها بيع يشترط فيها شروط البيع الخاص وإيضاح هذا أن العمل الذي يقصد به المال ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يكون العمل مقصودًا معلومًا مقدورًا على تسليمه فهذه الإجارة اللازمة.

---

(1) «مغني المحتاج» (3/ 341).

والثاني: أن يكون العمل مقصودا لكنه مجهول أو غرر فهذه الجعالة وهي عقد جائز ليس بلازم؛ فإذا قال: من رد عبدي الآبق فله مائة فقد يقدر على رده وقد لا يقدر وقد يرده من مكان قريب وقد يرده من مكان بعيد فلهذا لم تكن لازمة لكن هي جائزة؛ فان عمل هذا العمل استحق الجعل وإلا فلا.

وأما النوع الثالث: فهو مالا يقصد فيه العمل بل المقصود المال وهو المضاربة؛ فإن رب المال ليس له قصد في نفس عمل العامل كما للجاعل والمستأجر قصد في عمل العامل ولهذا لو عمل ما عمل ولم يربح شيئًا لم يكن له شيء وان سمى هذا جعالة بجزء مما يحصل بالعمل كان نزاعا لفظيا بل هذه مشاركة هذا بنفع بدنه وهذا بنفع ماله وما قسم الله من الربح كان بينهما على الإشاعة ولهذا لا يجوز أن يخص أحدهما بربح مقدر، لأن هذا يخرجهما عن العدل الواجب في الشركة[1].

أركان المضاربة وشروط صحتها:

أركان المضاربة عند الجمهور خمسة:

1- صيغة. 2- وعاقدان. 3- مال.

4- وربح. 5- وعمل.

وعند الحنفية الركن هو الإيجاب والقبول.

---

(1) «مجموع الفتاوى» (20/ 506، 508).

أولاً: الصيغة (الإيجاب والقبول):

اتفق الفقهاء إلىٰ أنه يشترط الإيجاب والقبول في الصيغة ولا يشترط لها لفظ معين؛ وإنما تنعقد بكل ما يدل علىٰ المضاربة.

قال الحنفية: وركنها الإيجاب، والقبول وذلك بألفاظ تدل عليها فالإيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة، وما يؤدي معنىٰ هذه الألفاظ بأن يقول رب المال: دفعت إليك هذا المال مضاربة، أو معاملة أو مقارضة، أو خذ هذا المال واعمل فيه مضاربة علىٰ أن ما رزق الله من شيء فهو بيننا علىٰ كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة أو قال ابتع به متاعا فما كان من فضل فلك منه كذا أو خذ هذا بالنصف، فيقول المضارب: قبلت أو أخذت، أو رضيت ونحو ذلك.

ولو قال خذ هذا المال واعمل به علىٰ أن ما رزق الله عَزَّوَجَلَّ من شيء فهو بيننا علىٰ كذا ولم يزد علىٰ هذا فهو جائز؛ لأنه أتىٰ بلفظ يؤدي معنىٰ هذا العقد والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ حتىٰ ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا.

وذكر في الأصل لو قال خذ هذه الألف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد علىٰ هذا فقبل هذا كان مضاربة استحسانا والقياس أن لا يكون مضاربة.

وجه القياس: أنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنىٰ المضاربة إلا بالشراء والبيع.

وجه الاستحسان: أنه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل إلا بالشراء والبيع فكان ذكر الابتياع ذكرا للبيع وهذا معنىٰ المضاربة.

ولو قال خذ هذه الألف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانًا.

والقياس أن لا يكون؛ لأنه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنىٰ المضاربة.

وجه الاستحسان: أنه لما ذكر الأخذ والأخذ ليس عملا يستحق به العوض؛ وإنما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع[1].

وقال المالكية: يشترط صيغة دالة علىٰ ذلك ولو من أحدهما ويرضىٰ الآخر ولا يشترط اللفظ؛ كالبيع والإجارة فيكفي فيه المعاطاة؛ لأن التجارة يكفي فيها المعاطاة؛ كالبيع إذا وجدت القرينة[2].

وقال الشافعية: يشترط لصحة القراض صيغة، وهي: إيجاب وقبول كـ«قارضتك» أو«ضاربتك» أو«عاملتك» أو«بع واشتر علىٰ أن الربح بيننا نصفين».

ويشترط في الصيغة: أن تكون منجزة، فلا يصح تعليقها علىٰ شرط، كإذا جاء رمضان فقد قارضتك، ونحو ذلك.

كما يشترط أن يكون القبول متصلا بالإيجاب عرفا بالطريق المعتبر في البيع، فلو فصل بينهما سكت طويل أو كلام لا علاقة له بالعقد لم يصح.

وقيل يكفي القبول بالفعل كما في الوكالة والجعالة إن كانت صيغة الإيجاب لفظ أمر كخذ هذا الألف واتجر فيه علىٰ أن الربح بيننا نصفين فيكفي

(1) «بدائع الصانع» (6/ 79، 80)، و«الاختيار» (3/ 22)، و«العناية» (12/ 128)، و«البحر الرائق» (7/ 263)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 441)، وابن عابدين (8/ 277).

(2) «حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير» (5/ 280)، و«حاشية الصاوي مع الشرح الصغير» (8/ 384).

أخذ الدراهم مثلًا ولا يشترط له له القبول فلو كانت لفظ عقد كقارضتك فلا بد في القبول من اللفظ.

والأصح المنع مطلقًا، لأن القراض عقد معاوضة يختص بمعين فلا يشبه الوكالة؛ لأنها مجرد إذن ولا الجعالة؛ لأنها لا تختص بعين.

ولو قال: قارضتك على أن نصف الربح لي وسكت عن جانب العامل لم يصح على الأصح، وقيل: يصح ويكون بينهما نصفين.

ولو قال على أن نصف الربح لك وسكت عن جانب نفسه أو على أن لك النصف ولي السدس وسكت عن الباقي صح على الصحيح وكان بينهما نصفين[1].

وقال الحنابلة: تنعقد المضاربة بما يؤدي معناها من كل قول دل عليها، لأن المقصود المعنى فجاز بكل ما يدل عليها، ولا يعتبر فيها القبول كقبلت ونحوه بل تكفي مباشرة العامل للعمل ويكون قبولا لها كالوكالة[2].

ثانيًا: العاقدان:

يشترط في كل من العاقدان وهما العامل المضارب ورب المال شروط ذكرها الفقهاء لابد منها:

1- أهلية التوكل والتوكيل:

اشترط عامة الفقهاء في العاقدين وهما رب المال والمضارب أهلية التوكيل والوكالة أي المتأهل، لأن يوكل غيره ويتوكل لغيره؛ لأن العاقدين كل واحد

(1) «روضة الطالبين» (3/ 746)، و«مغني المحتاج» (3/ 347، 348)، و«نهاية المحتاج» (5/ 260)، و«الديباج» (2/ 432)، و«النجم الوهاج» (5/ 269).

(2) «كشاف القناع» (3/ 595)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 565)

منهما وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه فمن جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له عقد المضاربة ومن لا فلا، لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنىٰ التوكيل، ولأنه عقد علىٰ التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع(1).

وقال الشافعية: يجوز لولي المحجور عليه من صبي ومجنون وسفيه أن يقارض من يجوز إيداع مال اليتيم عنده ولا شبهة في ماله إن سلم مال الْمولىٰ عنها. فلا يجوز للولي أن يشارك فاسقًا؛ لأنه يشترط أن يكون الشريك بحيث يجوز إيداع مال المحجور عنده.

وسواء أكان الولي أبًا أم جدا أم وصيًا أم حاكمًا أم أمينه.

أما المحجور عليه بالفلس، فلا يصح أن يقارض، ويصح أن يكون عاملًا.

ويصح القراض من المريض وإن شرط للعامل أكثر مما جرت به العادة ولا يحسب ما زاد علىٰ أجرة المثل من الثلث، لأن المحسوب منه ما يفوته من ماله والربح ليس بحاصل حتىٰ يفوته؛ وإنما هو شيء يتوقع حصوله وإذا حصل حصل بتصرف العامل بخلاف مساقاته إذا جعل للعامل من الثمرة أكثر من أجرة مثله؛ فإن الزيادة تحسب من الثلث، لأن الثمار فيها من عين المال بخلافه(2).

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 81)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 4)، و«مواهب الجليل» (7/ 52، 54)، و«التاج والإكليل» (4/ 140)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 39)، و«تحبير المختصر» (4/ 238)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (7/ 481)، و«روضة الطالبين» (3/ 746)، و«مغني المحتاج» (3/ 348)، و«نهاية المحتاج» (5/ 260)، و«الديباج» (2/ 432)، و«النجم الوهاج» (5/ 270)، و«المغني» (5/ 3)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 549)، و«كشاف القناع» (3/ 581).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 746)، و«البيان» (7/ 189، 190)، و«مغني المحتاج» (3/ 348)، و«نهاية المحتاج» (5/ 260)، و«الديباج» (2/ 432)، و«النجم الوهاج» (5/ 270).

2- إسلام العامل ورب المال:

قال الحنفية: لا يشترط إسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحربي المستأمن حتىٰ لو دخل حربي دار الإسلام بأمان فدفع ماله إلىٰ مسلم مضاربة أو دفع إليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز، لأن المستأمن في دارنا بمنزلة الذمي والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة فكذلك مع الحربي المستأمن؛ فإن كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز؛ لأنه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما في دار واحدة.

وإن كان المضارب هو الحربي فرجع إلىٰ داره الحربي؛ فإن كان بغير إذن رب المال بطلت المضاربة وإن كان بإذنه فذلك جائز ويكون علىٰ المضاربة ويكون الربح بينهما علىٰ ما شرطا إن رجع إلىٰ دار الإسلام مسلما أو معاهدا أو بأمان استحسانا والقياس أن تبطل المضاربة.

وجه القياس: أنه لما عاد إلىٰ دار الحرب بطل أمانه وعاد إلىٰ حكم الحرب كما كان فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين؛ فإذا تصرف فيه فقد تعدىٰ بالتصرف فملك ما تصرف فيه.

وجه الاستحسان: أنه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه إلىٰ دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا إذا دخل بأمره بخلاف ما إذا دخل بغير أمره؛ لأنه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الأمر به.

وقد قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فدفع إليه حربي مالا مضاربة مائة درهم أنه علىٰ قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز؛ فإن اشترىٰ المضارب علىٰ هذا وربح أو وضع فالوضيعة علىٰ رب المال والربح علىٰ ما اشترط ويستوفي المضارب مائة درهم والباقي لرب المال وإن لم يكن في المال ربح إلا مائة فهي كلها للمضارب وإن كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضًا ولا شيء للمضارب علىٰ رب المال، لأن رب المال لم يشترط المائة إلا من الربح.

فأما علىٰ قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم في جواز الربا في دار الحرب لما علم[1].

وقال المالكية في المشهور والحنابلة: تكره شركة كتابي ولو غير ذمي وكذا المجوسي قال الحنابلة: لأنه لا يأمن معاملتهم بالربا والعقود الفاسدة إلا أن يلي المسلم التصرف أو يتصرف الذمي بحضرته، ولا يغيب عنه في شراء ولا بيع ولا تقاض، فلا تكره للأمن من الربا، لأن الذمي إذا تولىٰ الشراء باع بحكم دينه، وأدخل في مال المسلم ما لا يحل له، والمسلم ممنوع من أن يجعل ماله متجرًا في الربا والخمر والخنزير[2].

وجاء في «المدونة» في مقارضة من لا يعرف الحلال والحرام:

(قال) وقال مالك لا أحب للرجل أن يقارض رجلًا إلا رجلًا يعرف الحلال والحرام وإن كان رجلًا مسلمًا فلا أحب له أن يقارض من يستحل شيئًا

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 81، 82).

(2) «شرح ابن بطال» (7/ 18، 19)، و«مواهب الجليل» (7/ 52، 54)، و«منح الجليل» (6/ 250)، و«المغني» (5/ 3)، و«الكافي» (2/ 257) و«المبدع» (5/ 4)، و«كشاف القناع» (3/ 581)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 495).

من الحرام في البيع والشراء (بن وهب) عن بن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب أن سعيد بن المسيب قال لا يصلح أن يقارض الرجل اليهودي والنصراني (قال الليث)، وقال ربيعة: لا ينبغي له أن يقارض رجلًا يستحل في دينه أكل الحرام[1].

وقال الشافعية: تكره مشاركة الذمي مطلقًا ومن لا يحترز من الربا ونحوه سواء كان هو المتصرف بالبيع والشراء أو المسلم، لما روي عن ابن عباس رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا أنه قال: «أكره أن يشارك المسلم اليهودي والنصراني». ولا مخالف له.

ولأنهم لا يمتنعون من الربا، ومن بيع الخمور، ولا يؤمن أن يكون ماله الذي عقد عليه الشركة من ذلك، فكره؛ فإن عقد الشركة معه.. صح؛ لأن الظاهر مما هو بأيديهم أنه ملكهم، وقد «اقترض النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ من يهودي شعيرا، ورهنه درعه»[2].

ثالثًا: المال:

يشترط في مال القراض ما يلي:

1- أن يكون من النقدين فلا تصح بالعروض:

أجمع أهل العلم علىٰ أن القراض بالدنانير والدراهم جائز[3] لأنهما ثمن المبيعات وقيم المتلفات والناس يشتركون بهما من زمن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ إلىٰ زمننا من غير نكير.

واتفق فقهاء المذاهب الأربعة - وكذا الظاهرية - علىٰ أن المضاربة لا تصح بالعروض ولو كان العرض مثليا كبر وحرير لأن قيمته ربما زادت قبل بيعه

(1) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 107).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 473)، و«البيان» (6/ 363)، و«مغني المحتاج» (3/ 186)، و«النجم الوهاج» (5/ 12).

(3) «الإجماع» (527)

فيشاركه الآخر في نماء العين التي هي ملكه، ولأن القراض في الأصل غرر؛ لأنه إجارة مجهولة إذ لا يدري العامل كم يربح في المال ولا إن كان يربح أم لا. إلا أن الشرع جوزه للاضطرار إليه وحاجة الناس إلىٰ التعامل عليه، فيجب ألا يجوز منه إلا مقدار ما جوزه الشرع، وأن يكون ما عداه ممنوعا بالأصل.

وأيضًا؛ فإن القراض بالعروض لا يخلو من أربعة أوجه:

إما أن يجعلا رأس مال القراض العرض بعينه، أو ثمنه الذي يبيعه به، أو قيمته يوم العقد، أو قيمته يوم التفاضل. لأن معرفة رأس المال ومقداره لا بد منه في القراض ليعرف العامل علىٰ ما يعمل؛ فإن كان نفس العرض هو رأس المال فذلك غرر؛ لأنه قد يأخذ السلعة وقيمتها ألف دينار ويردها وقيمتها مائة دينار فيذهب العامل ببعض رأس المال، أو يأخذها وقيمتها مائة دينار فيردها وهي تساوي ألف دينار فيذهب رب المال بأجرة العامل.

وإن كان الثمن الذي يبيعه به هو رأس المال فقد اشترط رب المال منفعة لنفسه علىٰ العامل فيما تحمل عنه من مؤونة بيعها وما يكفيه من ذلك.

إن كان قيمتها يوم يدفعها إليه هو رأس المال كان رب المال قد باع منه العرض بما قوماه به علىٰ أنه إن باعه بأقل من ذلك جبره من ربحه، وإن كان باعه بأكثر من ذلك كان له نصف الفضل، فذلك من الغرر البين والمزابنة، كمن دفع إلىٰ رجل ثوبا ليبيعه بعشرة دنانير علىٰ أن عليه ما نقص وله بعض ما زاد.

وإن كان رأس المال قيمتها يوم التفاضل فذلك أيضًا غرر بين، لأن قيمته يوم التفاضل مجهولة فيكون العامل يعمل علىٰ رأس مال مجهول، قد يكثر

فيغترق ربحه أو يقل فيذهب ببعض رأس مال رب المال، فصارت جميع وجوه هذه المسألة إلىٰ غرر وفساد[1].

ولأن موضوع القراض أن ينفرد رب المال برأس ماله، ويكون حق العامل في الربح مشتركا هو ورب المال فيه علىٰ شرطهما، وتجويز القراض بالعروض يؤدي إلىٰ مشاركة العامل لرب المال في رأس ماله وأن ينفرد المالك بالربح ويذهب عمل العامل باطلًا، لأن رأس المال إذا كان عرضا لم يخل أن يكون مما له مثل أو لا مثل له؛ فإن كان مما مثل له، كالطعام وغيره؛ فإن العامل يحتاج عند المفاضلة إلىٰ رد مثله، وقد يعقدان القراض علىٰ كر حنطة يساوي وقت العقد عشرة دنانير فيعمل العامل ويربح عشرة أخرىٰ؛ فإذا أراد المفاضلة جاز أن يغلو ثمنه، فيساوي الآن عشرين فينفرد رب المال برأس المال وبالربح، وجاز أن يرخص فيساوي خمسة دنانير فيشارك العامل رب المال في قطعه من رأس ماله، وإن كان مما لا مثل له فالاعتبار بقيمته، فلا يخلو أن تكون معتبرة وقت العقد أو وقت المفاضلة، ولا يجوز اعتبارها وقت العقد؛ لأنه يؤدي إلىٰ ما ذكرناه، وكذلك وقت المفاضلة، وإذا أدّىٰ إلىٰ هذا وجب منعه[2].

---

(1) «المقدمات الممهدات» (3/ 17، 16)، و«المعونة» (2/ 123، 124).

(2) «الإشراف» (3/ 161، 162) رقم (1011)، وينظر: «بدائع الصانع» (6/ 82، 83)، و«الاختيار» (3/ 22)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 443)، و«روضة الطالبين» (3/ 739)، و«مغني المحتاج» (3/ 342)، و«نهاية المحتاج» (5/ 252)، و«النجم الوهاج» (5/ 260) «كشاف القناع» (3/ 582)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 547)، و«الروض المربع» (2/ 69)، والمحلىٰ (8/ 247).

2- أن يكون رأس المال عينًا لا دينًا:

اشترط جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المذهب أن يكون رأس المال شيئًا معينًا حاضرًا لا دينًا في الذمة؛ فإن كان دينًا لم تصح.

والمضاربة بالدين لا تخلوا إما أن تكون بالدين علىٰ العامل وإما بالدين علىٰ غير العامل.

أ- المضاربة بالدين على العامل:

ذهب عامة الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المذهب وحكاه ابن المنذر إجماعا إلىٰ أن المضاربة بدين لرب المال علىٰ العامل لا تصح؛ فإن كان لرب المال دينًا علىٰ رجل فقال له: اعمل بديني الذي عندك مضاربة بالنصف أو الثلث فسدت المضاربة.

قال ابن المنذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل دينا له علىٰ رجل مضاربة وممن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي، لأن المال الذي في يدي من عليه الدين له؛ وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ها هنا.

وقال بعض الحنابلة: تصح المضاربة؛ لأنه إذا اشترىٰ شيئًا للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال ودفع الدين إلىٰ من أذن له في دفعه إليه فتبرأ ذمته منه ويصير كما لو دفع إليه عرضا وقال بعه وضارب بثمنه.

---

(1) «الأوسط» (5/ 707)، و«الإشراف» (6/ 203).

ثم اختلف الفقهاء فيما لو عمل العامل بالدين الذي عليه؛ فإن اشترىٰ هذا المضارب وباع فله ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة والمالكية والحنابلة.

وقال أبو يوسف ومحمد: ما اشترىٰ وباع يكون لرب المال له ربحه وعليه وضيعته.

بناء علىٰ أن من وكل رجلا يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة حتىٰ لو اشترىٰ لا يبرأ عما في ذمته عنده وإذا لم يصح الأمر بالشراء بما في الذمة لم تصح إضافة المضاربة إلىٰ ما في الذمة.

وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة، لأن الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض؛ لأنه يصير في التقدير كأنه وكله بشراء العروض ثم دفعه إليه مضاربة فتصير مضاربة بالعروض فلا تصح.

قال المالكية: ولا يجوز أن يكون مال القراض دين ولا رهن ولا وديعة عند العامل أو غيره كأمين، فلا يجوز أن يكون واحد من هذه الثلاثة قراضًا.

ولو وقع القراض بدين علىٰ العامل، بأن قال ربه: اجعل ما عليك من الدين قراضًا علىٰ أن الربح بيننا كذا، استمر الدين دينًا علىٰ العامل يضمنه لربه ويختص العامل بالربح وعليه الخسران، ولا عبرة بما وقع منهما إلا أن يقبض الدين، بأن يقبضه ربه من المدين ثم يرده علىٰ أنه قراض ولو بالقرب أو يحضر لربه ويشهد عليه بعدلين أو عدل وامرأتين: علىٰ أن هذا المال الذي أحضر هو ما عليّ من دين لفلان، ثم يدفعه له ربه قراضًا؛ فيجوز.

وقال الشافعية: إذا تصرف العامل في هذه الحالة نظر: فإن اشترىٰ بعينه للمضاربة فهو كالفضولي يشتري لغيره بعين ماله، وإن اشترىٰ في الذمة فوجهان: أصحهما عند البغوي: أنه للمالك؛ لأنه اشترىٰ له بإذنه، وأصحهما عند أبي حامد: للعامل؛ لأن المالك لم يملك الثمن[1].

ب- المضاربة بدين على غير العامل:

اختلف الفقهاء في المضاربة بدين علىٰ غير العامل هل تصح أم لا؟ كما لو قال له: قارضتك علىٰ ديني الذي علىٰ فلان فاقبضه واتجر فيه أو نحو ذلك.

فذهب جمهور الفقهاء المالكية في المشهور والشافعية والحنابلة إلىٰ أنه لا يجوز؛ لأن ذلك عقد علىٰ ما لا يملكه؛ لأنه لا يملك ما في يدي مدين إلا بقبضه ولم يوجد.

وذهب الحنفيه إلىٰ أنه لو قال لرجل اقبض مالي علىٰ فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز، لأن المضاربة هنا أضيفت إلىٰ المقبوض فكان رأس المال عينا لا دينا.

فإن قبضه وعمل به جاز في قولهم جميعًا ويكون وكيلًا في قبضه مؤتمنًا عليه؛ لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره فجاز أن يجعله مضاربة كما لو قال اقبض المال من غلامي وضارب به[2].

(1) «بدائع الصانع» (6/ 83)، و«الاختيار» (3/ 22) و«الشرح الكبير» (5/ 281)، و«تحبير المختصر» (4/ 505)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 204)، و«التاج والإكليل» (4/ 410)، و«الشرح الصغير» (8/ 387)، و«روضة الطالبين» (3/ 740)، و«مغني المحتاج» (3/ 342)، و«نهاية المحتاج» (5/ 253)، و«المغني» (5/ 43)، و«الكافي» (2/ 269)، و«شرح الزركشي» (2/ 147)، و«المبدع» (5/ 22)، و«الإنصاف» (5/ 431)، و«كشاف القناع» (3/ 600).

(2) المصادر السابقة.

المضاربة بالوديعة التي عند العامل:

اختلف الفقهاء في الرجل يكون له عند الرجل وديعة فيأمره أن يعمل بها مضاربة.

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلىٰ أن هذا جائز إلىٰ أن المضاربة تصح بالوديعة ولو كانت في يد غيره كم يقول الحنابلة فلو أضاف المضاربة إلىٰ عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير بأن قال للمودع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك[1].

وقال المالكية: لا يجوز أن يكون مال القراض وديعة -أو رهن- عند العامل أو غيره كأمين، وذلك لاحتمال كون المودع أنفقها فتكون دينًا فلو قال ربها له: اتجر بما عندك من وديعة علىٰ أن الربح بيننا كذا قراضًا، فالربح لربها وعليه الخسر وللعامل أجر مثله. ولا عبرة بما وقع منهما إلا أن يقبض الوديعة، بأن يقبضها ربها من المودع ثم يردها علىٰ أنها قراض ولو بالقرب أو يحضرها لربها ويشهد عليها بعدلين أو عدل وامرأتين أن هذا المال الذي أحضره هو وديعة فلان عندي ثم يدفعها المودع مضاربة فيجوز[2].

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 83)، و«الأوسط» (5/ 707)، و«روضة الطالبين» (3/ 740) و«البيان» (7/ 189)، و«النجم الوهاج» (5/ 261)، و«كشاف القناع» (3/ 594، 600)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 563، 564)، و«الروض المربع» (2/ 72).

(2) «الشرح الكبير» (5/ 281)، و«تحبير المختصر» (4/ 505، 506)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 204)، و«التاج والإكليل» (4/ 410، 411)، و«الشرح الصغير» (8/ 387، 388).

المضاربة بالمال المغصوب:

ذهب أبو يوسف والحسن بن زياد من الحنفية والشافعية في الأصح والحنابلة إلىٰ جواز المضاربة بالمغصوب الذي في يد الغاصب فلو قال ضارب بعين مالي الذي غصبته مني صح ذلك؛ لأنه في معنىٰ الدفع، وزال ضمان الغصب بمجرد عقد المضاربة، وصار المال أمانة بيده؛ لإذن ربه في بقائه في يده. ولأن ما في يده مضمون إلىٰ أن يأخذ في العمل؛ فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنىٰ المضاربة فتصح.

وذهب زفر من الحنفية ومقابل الأصح عند الشافعية إلىٰ أنه لا يصح؛ لأن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمغصوب مغصوب في يده مضمون عليه وهما متنافيان فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح[1].

3- أن يكون رأس المال معلومًا:

اشترط الفقهاء في رأس المال أن يكون معلومًا عند العقد للمتعاقدين، فلا تصح المضاربة علىٰ مجهول القدر دفعًا لجهالة الربح، ولا علىٰ مجهول الصفة، ومثلها الجنس. لأن جهالة رأس المال تؤدي إلىٰ جهالة الربح، وكون الربح معلومًا شرط صحة المضاربة، فلو قارضه علىٰ صبرة أو كف من الدراهم أو نقد في كيس مجهول القدر أو دفع إليه ثوبًا وقال: بعه، وقد قارضتك علىٰ ثمنه لم يصح للغرر «لأن النبي صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهىٰ عن الغرر» وفي القراض علىٰ

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 83)، و«الأوسط» (5/ 707)، و«روضة الطالبين» (3/ 740)، و«البيان» (7/ 188)، و«النجم الوهاج» (5/ 260)، و«مغني المحتاج» (3/ 342)، و«الإنصاف» (5/ 408)، و«كشاف القناع» (3/ 582)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 547)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 497)، و«منار السبيل» (2/ 180).

مال لا يعرفان قدره غرر؛ لأنه لا يدري إلىٰ ماذا يرجع رب المال عند المفاصلة وللجهل بالربح[1].

4- أن يكون المال مسلمًا إلى المضارب:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية إلىٰ أنه يشترط في مال المضاربة أن يكون مسلما للمضارب -العامل- ليتمكن من التصرف فلا يصح اشتراط كون رأس المال في يد المالك، لأن مقصود القراض التوسع، وعد التسليم ينافيه؛ لأنه قد لا يجده وقت الحاجة، ولأن يد المضارب علىٰ المال يد أمانة فلا تصح المضاربة إلا بالتسليم إليه، وهو التخلية كالوديعة.

لكن قال الشافعية: ليس المراد تسليمه حال العقد أو في المجلس، بل أن لا يشترط عدم تسليمه[2].

وذهب الحنابلة إلىٰ أنه لا يشترط لصحة المضاربة قبض العامل رأس المال، فتصح المضاربة وإن كان المال في يد ربه؛ لأن مورد العقد العمل[3].

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 82)، و«الشرح الكبير» (5/ 281)، و«تحبير المختصر» (4/ 505)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 204)، و«التاج والإكليل» (4/ 410)، و«روضة الطالبين» (3/ 740)، و«البيان» (7/ 189)، و«النجم الوهاج» (5/ 261)، و«كشاف القناع» (3/ 594، 600)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 563، 564)، و«الروض المربع» (2/ 72).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 84)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 445)، و«اللباب» (1/ 541)، و«الشرح الكبير» (5/ 280)، و«تحبير المختصر» (4/ 505)، و«روضة الطالبين» (3/ 741)، و«مغني المحتاج» (3/ 343)، و«النجم الوهاج» (5/ 262).

(3) «شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 565)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 514).

5- أن يكون العامل مستقل بالتصرف:

اشترط جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية أن يكون العامل مستقلا بالتصرف.

قال الحنفية: يشترط تسليم رأس المال إلىٰ المضارب؛ لأنه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ولا يصح مع بقاء يد الدافع علىٰ المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتىٰ لو شرط بقاء يد المالك علىٰ المال فسدت المضاربة.

فرق بين هذا وبين الشركة فإنها تصح مع بقاء يد رب المال علىٰ ماله والفرق أن المضاربة انعقدت علىٰ رأس مال من أحد الجانبين وعلىٰ العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل إلا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطا موافقا مقتضىٰ العقد بخلاف الشركة؛ لأنها انعقدت علىٰ العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض مقتضىٰ العقد.

وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل، لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده علىٰ المال وأنه شرط فاسد.

ولو سلم رأس المال إلىٰ رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به علىٰ العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز، لأن الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقدًا أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتىٰ إن الأب أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة، لأن يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم.

أما لو شرطا -الأب أو الوصي- العمل مع المضارب صح لأنهما ليسا بمالكين للمال، فصارا كالأجنبيين، لأن لكل واحد منهما أن يأخذ مال الصغير مضاربة[1].

وقال المالكية: إذا اشترط رب المال علىٰ العامل أن تكون يده معه في المال بالبيع والشراء والأخذ والعطاء فيما يتعلق بالقراض أو اشترط عليه أن يراجعه فيما يفعل بحيث لا يعمل عملا فيه إلا بإذنه، أو جعل معه أمينًا فإنه يكون فاسدًا لما فيه من التحجير عليه والتضييق، وهو مخالف لسنة القراض ويرد العامل فيه إلىٰ أجرة مثله؛ لأنه لما لم يأتمن العامل علىٰ مال القراض وجعل معه أمينًا صار العامل شبيها بالأجير، فلهذا كانت له أجرة مثله[2].

وقال الشافعية: يشترط أن يكون العامل مستقلًا بالتصرف إذنا مطلقًا، فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك أو غيره ليوفي منه ثمن ما اشتراه العامل،لأن مقصود القراض التوسع، وعدم تسليم المال للعامل ينافيه؛ لأنه قد لا يجده وقت الحاجة، وكذا لا يجوز شرط مراجعته في التصرف مطلقًا ولا يجوز علىٰ الصحيح شرط مشرفا يطلع علىٰ عمله ولا يراجعه، ولا يجوز شرط عمله- أي: المالك أو غيره- معه - أي: العامل -، لأن انقسام التصرف يفضي إلىٰ انقسام اليد؛ ولأنه ينافي استقلال العامل بالعمل؛ لأن موضوع القراض أن يكون المال

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 84، 85)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 445)، و«اللباب» (1/ 541).

(2) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 285، 286)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 270)، و«تحبير المختصر» (4/ 509، 510).

من رب المال والعمل من العامل وهذه الشروط كبها مفسدة لعقد القراض، لكن إن شرط عليه أن يعطيه دابته يحمل عليها أو شرط عمل غلام المالك معه جاز على المذهب[1].

وقال الحنابلة: إن شرط في المضاربة- والمساقاة و- عمل المالك مع العامل أو عمل غلامه مع العامل صح العقد والشرط كاشتراط العامل فيهن بهيمة المالك يحمل عليها ونحوه.

ولا يضر - أي لا يفسد المضاربة والمساقاة - عمل المالك مع العامل بلا شرط[2].

وقال أبو يحي البلخي من الشافعية: لو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه يجوز على سبيل المعاونة والتبعية[3].

وهذا الخلاف المتقدم فيما لو شرط أما إذا عمل معه وأعانه دون شرط صح بالإجماع.

قال ابن المنذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمع أهل العلم على أن الرجل إذا دفع لرجل مالًا معاملة-أي مضاربة- وأعانه رب المال من غير شرط، أن ذلك جائز[4].

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 741)، و«مغني المحتاج» (3/ 343)، و«نهاية المحتاج» (5/ 254)، و«النجم الوهاج» (5/ 262)، و«الديباج» (2/ 428، 429)، و«كفاية الأخيار» (341)، و«حاشية البيجوري على شرح ابن قاسم» (2/ 44).

(2) «الفروع» (4/ 290)، و«الإنصاف» (5/ 433)، و«كشاف القناع» (3/ 600) «شرح منتهى الإرادات» (3/ 571).

(3) «روضة الطالبين» (3/ 741).

(4) «الإجماع» (533).

رابعًا: الربح:

يشترط في الربح ما يلي:

1- أن يكون الربح معلومًا:

اتفق الفقهاء علىٰ أنه يشترط لصحة المضاربة أن يكون الربح معلوما بأن تكون نسبة كل واحد من المالك والمضارب معلومة عند العقد كنصفه أو ثلثه أو ربعه، لأن المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.

وقال الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح والحنابلة: لو دفع إليه مالا معلومًا وقال له اتجر فيه والربح بيننا صح وكان بينهما نصفان؛ لإضافته إليهما إضافة واحدة ولم يترجح به أحدهما.

وزاد الحنفية أنه لو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان، لأن الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالىٰ عز شأنه: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: 12].

ولو قال علىٰ أن للمضارب شركا في الربح جاز في قول أبي يوسف وعبد الملك من المالكية والربح بينهما نصفان.

وقال محمد والمالكية والشافعية المضاربة فاسدة.

وجه قول محمد أن الشركة هي النصيب قال الله تعالىٰ: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ﴾ [فاطر: 40]، أي: نصيب. وقال تعالىٰ: ﴿وَمَا لَهُمْ فِيهِمَا مِن شِرْكٍ﴾ [سبأ: 22]، أي: نصيب فقد جعل له نصيبا من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا.

وجه قول أبي يوسف أن الشرك بمعنىٰ الشركة يقال شركته في هذا الأمر أشركه شركة وشركا قال القائل:

وشَارَكْنَا قُرَيْشًا في بقَاهَا ... وفي أحْسَابِهَا شرْكَ الْعِنَانِ

ويذكر بمعنىٰ النصيب أيضًا لكن في الحمل علىٰ الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها.

وقال المالكية: لو قال له اعمل ولك في الربح شرك والحال أنه لا عادة بينهم تعين قدر الجزء في القراض المقول فيه ذلك فسد القراض، وكان فيه قراض المثل؛ فإن كان لهم عادة تعين إطلاق الشرك علىٰ النصف والثلث مثلًا عمل عليها.

وأما لو قال: والربح مشترك بيننا، أو شركة، فهو ظاهر في أن له النصف؛ لأنه يفيد التساوي عرفًا، بخلاف: لك شرك؛ فإن المتبادر منه لك جزء(1).

تغيير مقدار ربح العامل:

اختلف الفقهاء فيما إذا دخل العامل علىٰ ربح مسمىٰ ثم بعد ذلك تراضيا علىٰ أكثر منه أو أقل هل يجوز أم لا؟

فذهب المالكية خلافًا لابن حبيب وأبو حنيفة كما نقله عنه العمراني الشافعي إلىٰ أنه يجوز أن يتراضيا بعد القراض علىٰ جزء قل أو كثر، وقد كانا دخلا قبل ذلك علىٰ جزء معلوم. لأن الربح لما كان غير محقق اغتفر فيه ذلك خلافًا لابن حبيب في منعه الزيادة بعد العمل، وأما بعد العقد وقبل العمل فلا يتوهم المنع، لأن العقد ليس لازما فكأنهما ابتدآ الآن العقد.

---

(1) «الشرح الكبير» (5/ 283)، و«تحبير المختصر» (4/ 508)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 206)، و«الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (8/ 394)، و«بدائع الصانع» (6/ 85)، و«روضة الطالبين» (3/ 745)، و«مغني المحتاج» (3/ 346) و«النجم الوهاج» (5/ 267، 268)، و«الديباج» (2/ 431)، و«كشاف القناع» (3/ 596)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 548)، و«الروض المربع» (2/ 70)، و«منار السبيل» (2/ 181).

وذهب الشافعية وابن حبيب من المالكية إلىٰ أنه لا يجوز الزيادة بعد الشروع في العمل.

قال العمراني الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قال في (العدة): لو شرط للعامل نصف الربح، ثم بعد أيام رده إلىٰ ثلث الربح أو ربعه.. لم يجز ما لم يفسخا العقد الأول، ويجددا عقدًا آخر، خلافًا لأبي حنيفة رحمة الله عليه.

دليلنا: أن عقد المضاربة الصحيحة لا يقبل تغيير المشروط من الربح، فلم يصح، كما لو انفرد به أحدهما[1].

2- أن يكون الربح مشاعًا:

اتفق الفقهاء علىٰ أنه يشترط أن يكون الربح معلومًا بالجزئية ككون الربح بينهم نصفين أو أثلاثًا ونحو ذلك فلو قال علىٰ أن لك نصيبًا أو جزءًا فهو فاسد للجهل بالعوض.

وكذا لو اشترط للعامل قدرًا معلومًا كمائة مثلًا أو ربح نوع كربح هذه البضاعة فسد؛ لاحتمال أن لا يربحها أو لا يربح غيرها، لأن الربح قد ينحصر في المائة أو في ذلك النوع فيؤدي إلىٰ اختصاص العامل بالربح وقد لا يربح ذلك النوع ويربح غيره فيؤدي إلىٰ أن عمله يضيع وهو خلاف مقصود العقد.

قال ابن المنذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم علىٰ إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة.

(1) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (7/ 196، 197)، و«الشرح الكبير» (5/ 288)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 209)، و«مواهب الجليل» (7/ 348)، و«التاج والإكليل» (4/ 418)، و«تحبير المختصر» (4/ 512)

وممن حفظنا ذلك عنه مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي[1].

وكذلك الحال لو شرط للعامل نصيب جزئي من الربح ومقدار معين منه، كأن يشرط له راتب شهري قدره ألف - مثلًا - وخمسة في المائة من الربح، للمعنىٰ المذكور قبله، واحتمال أن لا يكون الربح أكثر مما عيّن له.

وعليه يتبّين فساد الكثير من تصرفات الناس في هذا الزمن، حيث يتعاقدون مع من يعمل بأموالهم، علىٰ أن يتقاضىٰ راتبًا شهريًا معينًا، ويكون له نسبة معينة من الأرباح عند الجرد السنوي أو غيره.

وإنما لم يصح ذلك لمعنيين: أحدهما أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل علىٰ جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءًا وقد يربح كثيرًا فيستضر من شرطت له الدراهم.

والثاني: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر؛ فإذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلومًا به، لأن العامل متىٰ شرط لنفسه دراهم ربما توانىٰ في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزءًا من الربح[2].

---

(1) «الإجماع» (529)، و«الإشراف» (6/ 209)، «المغني» (5/ 23).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 59، 85)، و«الاختيار» (3/ 22)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 443)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189)، و«اللباب» (1/ 541)، و«الفتاوىٰ الهندية» (2/ 302)، «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 280)، و«تحبير المختصر» (4/ 504)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 203)، و«مواهب الجليل» (7/ 339)، و«الشرح الصغير» (8/ 384)، و«منح الجليل» (5/ 403)، و«روضة الطالبين» (3/ 745، 746)، و«مغني المحتاج» (3/ 346)، و«النجم الوهاج» (5/ 267، 268)، و«الديباج» (2/ 431)، و«المغني» (5/ 23)، و«كشاف القناع» (3/ 583)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 550)، و«الروض المربع» (2/ 70)، و«منار السبيل» (2/ 181).

3- اشتراط جميع الربح للمضارب:

اختلف الفقهاء فيما لو اشترط جميع الربح للمضارب.

فقال الحنفية والحنابلة والشافعية في مقابل الأصح: لو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض أنه إذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضًا؛ لأنه أتىٰ بمعنىٰ القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلىٰ هذا إذا شرط جميع الربح لرب المال فهو أبضاع لوجود معنىٰ الإبضاع.

قال الحنابلة: وإن قال خذه فاتجر به والربح كله لك فالمال المدفوع قرض لا قراض، لأن اللفظ يصلح له وقد قرن به حكمه فانصرف إليه كالتمليك والربح كله للعامل، لا حق لرب المال فيه أي الربح؛ وإنما يرجع بمثل ما دفعه.

وليسا - أي الإبضاع والقرض - بشركة ولا مضاربة لعدم تحقق معناها فيهما.

فإن زاد رب المال مع قوله والربح كله لك ولا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي؛ لأنه شرط فاسد لمنافاته مقتضىٰ العقد.

وقال الشافعية في الأصح: فلو قال: قارضتك على أن الربح كله لي، أو كله لك، فسد العقد اعتبارا باللفظ ولأنه على خلاف مقتضى العقد؛ فإن عمل العامل وربح كان الربح كله لرب المال؛ لأنه نماء ماله، وللعامل أجرة المثل؛ لأنه عمل على عوض، ولم يسلم له، فكان له أجرة المثل[1].

(1) «روضة الطالبين» (3/ 744، 745)، و«البيان» (7/ 195، 196)، و«مغني المحتاج» (3/ 346) و«النجم الوهاج» (5/ 266)، و«الديباج» (2/ 430، 431)، و«بدائع الصانع» (6/ 86)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 44، 45)، و«كشاف القناع» (3/ 596)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 565، 566).

وقال المالكية: يجوز اشتراط ربح القراض كله لرب المال أو للعامل أو لغيرهما؛ لأنه من باب التبرع وإطلاق القراض عليه حينئذ مجاز، ويلزمهما الوفاء بذلك إن كان المشترط له معينا وقيل ويقضىٰ به إن امتنع الملتزم منهما؛ فإن لم يقبل المعين؛ فإن كان هناك عرف بقدر ما للعامل من الربح في مثل ذلك القراض عمل به وإلا فهل يقسم الربح بينهما سوية أو يكون كقراض وقع بجزء مبهم، وأما إن كان لغير معين كالفقراء فإنه يجب من غير قضاء.

ويضمن العامل المال إذا أخذه علىٰ أن الربح كله له؛ لأنه حينئذ يشبه السلف اللهم إلا أن ينفي العامل الضمان بأن يقول عند أخذه للمال أنا لا ضمان علي في المال إذا تلف وكذلك لا ضمان عليه إذا سمي المال قراضا، أي: ولو شرط عليه الضمان أي ويكون قراضًا فاسدًا.

فالضمان عليه مشروط بشرطين:

الأول: إن لم ينف الضمان عن نفسه، أو لم ينفه عنه رب المال؛ فإن نفاه بأن قال: ولا ضمان عليّ، أو قال له ربه: ولا ضمان عليك، لم يضمن؛ لأنه زيادة معروف.

والثاني: أن لا يسمي ذلك قراضًا؛ فإن قال له رب المال: اعمل في هذا المال علىٰ القراض فلا ضمان عليه في المشهور خلافًا لسحنون ولو اشترط عليه الضمان ولكنه مع اشتراط الضمان يكون قراضًا فاسدًا يفسخ قبل العمل [1].

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 289، 290)، و«تحبير المختصر» (4/ 513، 514)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 209)، و«الشرح الصغير» (8/ 402، 403).

4- اختصاص الربح بهما:

اشترط الشافعية أن يكون الربح مختصًا بالعاقدين فلو قال: قارضتك علىٰ أن يكون ثلث الربح لك والثلث لي والثلث لولدي أو لأجنبي مثلًا.. فسد الشرط والعقد إلا أن يشترط علىٰ من جعل له شيئًا من الربح العمل مع العامل فيكون قراضًا مع اثنين، فلو كان المشروط له عبدًا لأحدهما.. صح.

ولو قال: نصف الربح لك ونصفه لي ومن نصيبي نصفه لزوجتي.. صح، وذلك منه لزوجته وعد هبة[1].

وقال المالكية: يجوز اشتراط ربح القراض كله لرب المال أو للعامل أو لغيرهما؛ لأنه من باب التبرع وإطلاق القراض عليه حينئذ مجاز، ويلزمهما الوفاء بذلك إن كان المشترط له معينا وقيل ويقضىٰ به إن امتنع الملتزم منهما، وأما إن كان لغير معين كالفقراء فإنه يجب من غير قضاء.

وجاء في «المدونة الكبرى»: في المقارضين يشترطان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين:

(قلت) أرأيت المتقارضين يشترطان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين أيجوز ذلك (قال) نعم (قلت) فهل يرجعان فيما جعلا من ذلك (قال) لا وليس يقضىٰ بذلك عليهما ولا أحب لهما فيما بينهما وبين الله تعالىٰ أن يرجعا فيما جعلا[2].

(1) «روضة الطالبين» (3/ 744)، و«مغني المحتاج» (3/ 346)، و«النجم الوهاج» (5/ 266)، و«الديباج» (2/ 430، 431).

(2) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 91)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 289، 290)، و«الذخيرة» (6/ 43)، و«تحبير المختصر» (4/ 513، 514)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 209)، و«الشرح الصغير» (8/ 402، 403).

وقال الحنفية: لو شرط بعض الربح للمساكين أو لزوجة المضارب صح العقد ولم يصح الشرط ويكون المشروط لرب المال؛ لأنه ليس هؤلاء عمل. أما إذا شرط عمل زوجة المضارب في المضاربة ففي تلك الحال تستحق الربح المشروط.

كذلك لو شرط إعطاء بعض الربح لمن يريد المضارب؛ فإذا طلب المضارب هذه الحصة لنفسه أو لرب المال صح الشرط أما إذا طلبها لأجنبي فلا يصح أي أنه حيث ليس للأجنبي من عمل يستحق الربح المذكور أما إذا شرط عمل ذلك الأجنبي فيستحق الربح المشروط وكذلك لو شرط بعض الربح رأسا لأجنبي؛ فإذا كان مشروطًا عمل ذلك الأجنبي فيستحق الربح أما إذا كان غير مشروط فتصح المضاربة ولا يستحق الأجنبي الربح وتعود حصته لرب المال[1].

خامسًا: العمل:

اختلف العلماء في العمل في المضاربة هل لابد أن يكون في الاسترباح بالبيع والشراء فقط أم يصح إذا احترف العامل بالمال؟ فمنعه المالكية والشافعية وأجازه الحنفية والحنابلة.

قال الشافعية: وظيفة العامل التجارة وهي الاسترباح بالبيع والشراء وكذا توابعها مما جرت العادة أن يتولاه بنفسه كطي الثوب ونشره وذرع الثوب وإدراجه في الصندوق ووزن الخفيف كذهب وفضة ومسك لاقتضاء العرف

(1) «البحر الرائق» (7/ 267)، و«مجمع الأنهر» (3/ 456)، و«الدر المختار» (5/ 654)، و«درر الحكام» (3/ 484).

ذلك لا الأمتعة الثقيلة فليس عليه وزنها ولا نحوه كحملها ونقلها من الخان مثلا للسوق وعكسه لجريان العرف بالاستئجار لذلك.

وما لا يلزمه كأجرة كيل وحفظ له الاستئجار عليه من مال القراض؛ لأنه من تتمة التجارة ومصالحها ولو فعله بنفسه لم يستحق أجرة.

وما يلزمه فعله لو اكترىٰ عليه من فعله فالأجرة في ماله لا في مال القراض فلو شرط علىٰ المالك الاستئجار عليه من مال القراض حكىٰ ففيه وجهين والظاهر منهما عدم الصحة.

وخرج بالتجارة استخراج العامل الربح باحتراف فلو قارضه ليشتري حنطة فيطحن ويخبز، أو غزلًا ينسجه ويبيعه فسد القراض في الصورتين، لأن القراض شرع رخصة للحاجة وهذه الأعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها فلم تشملها الرخصة والعامل فيها ليس متجرًا بل محترفًا فليست من وظيفة العامل. فلو اشترىٰ الحنطة وطحنها من غير شرط لم ينفسخ القراض فيها في الأصح ثم إن طحن بغير الإذن فلا أجرة له ولو استأجر عليه لزمته الأجرة ويصير ضامنًا وعليه غرم ما نقص بالطحن؛ فإن باعه لم يكن الثمن مضمونًا عليه؛ لأنه لم يتعد فيه وإن ربح فالربح بينهما كما شرطا.

ولو شرط أن يستأجر العامل من يفعل ذلك من مال القراض وحظ العامل التصرف فقط قال في المطلب يظهر الجواز.

قال الأذرعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وفيه نظر، لأن الربح لم ينشأ عن تصرف العامل وقد قال القاضي حسين لو قارضه علىٰ أن يشتري الحنطة ويخزنها مدة؛ فإذا ارتفع سعرها باعها لم يصح، لأن الربح ليس حاصلًا من جهة التصرف، قال الخطيب

الشربيني: وفي البحر نحوه وهذا هو الظاهر بل لو قال على أن تشتري الحنطة وتبيعها في الحال فإنه لا يصح.

ويشترط أن لا يضيق المالك على العامل في التصرف وحينئذ فلا يجوز أن يشرط عليه شراء متاع معين كهذه الحنطة أو هذا الثوب أو شراء نوع يندر وجوده، أو شرط معاملة شخص بعينه كلا تبع إلا لزيد، أو لا تشتر إلا منه؛ لإخلاله بالمقصود؛ لأن المتاع المعين قد لا يربح، والنادر قد لا يجده، والشخص المعين قد لا يعامله، وقد لا يجد عنده ما يظن أن فيه ربحًا.

أما النوع الذي لا يندر وجوده فإنه يصح ولو كان ينقطع كالفواكه الرطبة لانتفاء الضيق، وكذا إن ندر وكان بمكان يوجد فيه غالبًا. ولو نهاه عن هذه الأمور صحّ؛ لأنه يمكنه شراء غير هذه السلع، والشراء والبيع من غير زيد[1].

وقال المالكية: وعلى العامل ما جرت العادة به، كالنشر والطي للثياب الخفيفين لا الكثيرين مما لم تجر العادة به. وعليه الأجر من ماله إن استأجر على ذلك، لا على رب المال ولا من الربح ومثل ما ذكر النقل الخفيف.

وأما ما جرت العادة أن لا يتولاه وتولاه وهو من مصلحة المال فله أجره إن ادعى أنه عمله ليرجع بأجره وخالفه رب المال بيمين؛ لأنها دعوى بشيء معروف فتتوجه عليه اليمين حيث كانت دعوى رب المال أن العامل نص على أنه على وجه المعروف، وأما إن كان لسكوته فلا يحلف.

---

(1) «مغني المحتاج» (3/ 343، 344)، و«نهاية المحتاج» (5/ 254، 255)، و«النجم الوهاج» (5/ 262، 263)، و«الديباج» (2/ 428، 429)، و«كفاية الأخيار» (341)، و«حاشية البيجوري على شرح ابن قاسم» (2/ 44).

وله أيضًا أن يستأجر من المال إذا كان كثيرًا لا يقوىٰ عليه من يكفيه بعض مؤنته من الأعمال أعمال لا يعملها العامل وليس مثله يعملها.

ولا يجوز لرب المال أن يشترط عمل يد العامل والقراض فاسد مع الشرط المذكور وللعامل أجرة مثله كما إذا اشترط عليه أن يخيط ثيابا أو يخرز نعالا الثياب أو يخرز الجلود التي يشتريها بمال القراض للتجارة فيها ثم يبيعها والربح بينهما وما أشبه ذلك أو أن يشارك أو يبضع أو يزرع من مال القراض فلا يجوز؛ فإن فعل فسد القراض لما فيه من التحجير ولأنه يوجب زيادة جهالة في العمل، وللعامل أجرة مثله في ذمة رب المال سواء حصل ربح أم لا.

من «المدونة» قال مالك: لا يجوز لرب المال أن يشترط علىٰ العامل أن يجلس بالمال ها هنا في حانوت من البزازين أو السقاطين يعمل فيه ولا يعمل في غيره أو علىٰ أن يجلس في القيسارية أو علىٰ أن لا يشتري إلا من فلان أو علىٰ أن لا يتجر إلا في سلعة كذا وليس وجودها بمأمون أو علىٰ أن يزرع فلا ينبغي ذلك كله؛ فإن نزل ذلك كله كان العامل أجيرا وما كان من زرع أو فضل أو خسارة فلرب المال وعليه.

ولو علم رب المال أنه يجلس في حانوت فهو جائز ما لم يشترط عليه.

ولو زرع العامل من غير شرط في أرض اشتراها من مال القراض أو اكتراها جاز ذلك إذا كان بموضع أمن وعدل ولا يضمن وأما إن خاطر به في موضع ظلم وغرر يرىٰ أنه خطر فإنه ضامن ولو أخذ العامل نخلا مساقاة فأنفق عليها من مال القراض كان كالزرع ولم يكن متعديًا[1].

(1) «تهذيب المدونة» (2/ 184)، و«الشرح الكبير» (5/ 286، 288)، و«تحبير المختصر» (4/ 510، 511)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 207، 209)، و«التاج والإكليل» (4/ 415، 418)، و«حاشية الصاوي» (8/ 402، 404)، و«منح الجليل» (7/ 332).

وقال الحنفية: ولو دفع إليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها الثياب ويقطعها بيده ويخيطها على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان فهو جائز على ما اشترطا، لأن العمل المشروط عليه مما يصنعه التجار على قصد تحصيل الربح فهو؛ كالبيع والشراء وكذلك لو قال له على أن يشتري بها الجلود والأدم ويخرزها خفافا ودلاء وروايا وأجربة فكل هذا من صنع التجار على قصد تحصيل الربح فيجوز شرطه على المضاربة.

وإذا دفع مالا مضاربة وأمر المضارب أن يعمل في ذلك برأيه أو لم يأمره فاستأجر المضارب ببعضه أرضًا بيضاء واشترى ببعضه طعامًا فزرعه في الأرض فهو جائز على المضاربة بمنزلة التجارة، لأن عمل الزراعة من صنع التجار يقصدون به تحصيل النماء وإليه أشار صاحب الشرع صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الزارع يتاجر ربه**»[1] وما كان من عمل التجار يملكه المضارب بمطلق العقد.

ولو استأجر أرضًا بيضاء على أن يغرس فيها شجرًا أو أرطابًا فقال ذلك من المضاربة فهو جائز والوضيعة على رب المال والربح على ما اشترطا؛ لأنه من صنيع التجار يقصدون به استنماء المال ولو كان دفع إليه مضاربة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك فأخذ المضارب نخلًا وشجرًا وأرطابًا معاملة على أن ما أخرج الله بعد من ذلك فنصفه لصاحب النخل ونصف المضارب على المضارب فعمل وأنفق مال المضاربة عليه؛ فإن ما خرج من ذلك بين صاحب النخل والمضارب نصفين ولا يكون لرب المال شيء من ذلك؛ لأنه إنما استحق النصف بعقد المعاملة وفي عقد المعاملة العامل يؤاجر نفسه وصاحب

---

(1) لم أقف عليه.

المال إنما فوض الأمر إلىٰ رأيه في المضاربة، لأن منافع يده فيما يستوجب بإقامته العمل بمنافعه تكون له خاصة والنفقة التي أنفقها من ماله خاصة وهو ضامن لما أنفق من ذلك من مال المضاربة؛ لأنه صرف إلىٰ حاجة نفسه علىٰ وجه لم يأذن له رب المال فيه ولو كان المضارب أخذ من رجل أرضا بيضاء علىٰ أن تزرعها طعامًا فما خرج منها فنصفه لصاحب الأرض ونصفه علىٰ المضاربة فاشترىٰ طعامًا ببعض المال فزرعه في الأرض ثم أنفق ما بقي من المضاربة عليه حتىٰ بلغ فهذا جائز؛ لأنه مستأجر الأرض بنصف الخارج منها ولو استأجرها بدراهم جازت المضاربة فكذلك إذا استأجرها بنصف الخارج منها ولو استأجرها بدراهم جاز علىٰ المضاربة لذلك وتصرفه هنا في المال؛ فإن استحقاقه للخارج باعتبار أنه بما بذره والبذر من مال المضاربة فلهذا كان نصف الخارج لصاحب الأرض ونصفه يباع يستوفي رب المال رأس ماله والباقي بينه وبين المضارب علىٰ الشرط وإن لم يكن قال له اعمل فيه برأيك فالمضارب ضامن للمضاربة؛ لأنه أشرك غيره في مال المضاربة وقد بينا أن بمطلق العقد لا يملك المضارب الإشراك وهو بمنزلة دفعه بعض المال مضاربة إلىٰ غيره وإذا صار مخالفًا بتصرفه ضمن مال المضاربة وهو ملك المضمون به فما خرج من الزرع بين المضارب ورب المال نصفين علىٰ الشرط[1].

وقال الحنابلة: علىٰ العامل أن يتولىٰ بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من نشر الثوب وطيه وعرضه علىٰ المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه وإحرازه في الصندوق ونحو

---

(1) «المبسوط» (22/ 54، 72، 73)، و«بدائع الصنائع» (6/ 95)، و«الهداية» (4/ 4)، و«تبيين الحقائق» (5/ 207)، و«مجمع الضمانات» (2/ 655)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 334).

ذلك ولا أجر له عليه؛ لأنه مستحق للربح في مقابلته؛ فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة، لأن العمل عليه فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء علىٰ المتاع ونقله إلىٰ الخان فليس علىٰ العامل عمله وله أن يكتري من يعلمه، لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلىٰ العرف.

فإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعًا فلا أجر له وإن فعله ليأخذ عليه أجرا فلا شيء له أيضًا في المنصوص عن أحمد وفي وجه أن له الأجر بناء علىٰ الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك علىٰ روايتين وهذا مثله والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين؛ لأنه عمل في مال غيره عملًا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئًا كالأجنبي[1].

وقالوا: ويصح دفع عبد أو دفع دابة أو قربة أو قدر أو آلة حرث أو نورج أو منجل ونحوه لمن يعمل به بجزء من أجرته ويصح دفع ثوب إلىٰ من يخيطه أو دفع غزلا إلىٰ من ينسجه بجزء من ربحه.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإن دفع ثوبه إلىٰ خياط ليفصله قمصانًا يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب.

وإن دفع غزلا إلىٰ رجل ينسجه ثوبا بثلث ثمنه أو ربعه جاز نص عليه ولم يجز مالك وأبو حنيفة والشافعي شيئًا من ذلك؛ لأنه عوض محمول مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز نص عليه وعنه الجواز والصحيح الأول وقال أبو بكر: هذا قول قديم وما

---

(1) «المغني» (5/ 32، 33)، و«كشاف القناع» (3/ 585)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553).

روي غير هذا فعليه المعتمد قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يقول: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع. وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال: أكرهه، لأن هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزًا لحديث جابر: «أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطىٰ خيبر علىٰ الشطر»، قيل لأبي عبد الله: فإن كان النساج لا يرضىٰ حتىٰ يزاد علىٰ الثلث درهمًا قال: فليجعل له ثلثا وعشري ثلث ونصف عشر وما أشبهه وروىٰ الأثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وأيوب ويعلىٰ بن حكيم أنهم أجازوا ذلك وقال ابن المنذر: كره هذا كله الحسن وقال أبو ثور وأصحاب الرأي: هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكة إلىٰ الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها وقياس ما نقل عن أحمد صحة الشركة وما رزق بينهما علىٰ ما شرطاه؛ لأنها عين تنمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض نمائها كالأرض[1].

ويصح حصاد زرع ورضاع قن واستيفاء مال ونحوه كبناء دار وطاحون ونجر باب وطحن نحو بر بجزء مشاع منه؛ لأنها عين تنمىٰ بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها كالشجر في المساقاة، ولا يصح تخريجها علىٰ المضاربة بالعروض؛ لأنها إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال وهذا بخلافه ولا يعارضه حديث الدارقطني «أنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهىٰ عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان» لحمله علىٰ قفيز من المطحون فلا يدري الباقي بعده فتكون المنفعة مجهولة والمقدار هنا جزء مشاع، بخلاف ما قدر له قفيزًا، فإنه لا يدري الباقي بعد القفيز كم هو؟ فتكون المنفعة مجهولة.

(1) «المغني» (5/ 8، 7).

وإن جعل له مع الجزء المشاع درهما فأكثر لم يصح نصًا ويصح بيع ونحوه كإيجار لمتاع وغزو بدابة وبجزء من ربحه أي المتاع أو بجزء من سهمها أي الدابة نص عليه فيمن أعطىٰ فرسه علىٰ النصف من الغنيمة بخلاف ما لو قال بع عبدي أو أجره والثمن أو الأجرة بيننا فلا يصح والثمن أو الأجرة لربه وللآخر أجرة مثله.

ويصح دفع دابة أو نحل ونحوهما كعبد وأمة لمن يقوم بهما مدة معلومة كسنة ونحوها بجزء منهما كربعهما أو خمسهما والنماء للدابة أو النحل ونحوهما ملك لهما أي الدافع والمدفوع إليه علىٰ حسب ملكهما؛ لأنه نماؤه.

قال البخاري في «صحيحه»، وقال معمر: لا بأس أن تكون الماشية علىٰ الثلث أو الربع إلىٰ أجل مسمىٰ.

ولا يجوز دفع دابة ونحل ونحوهما لمن يقوم بهما مدة ولو معلومة بجزء من نماءٍ كدر ونسل وصوف وعسل ونحوه كمسك وزبادٍ لحصول نمائه بغير عمل وله أجرة مثله؛ لأنه عمل بعوض لم يسم له.

وعنه: يصح. اختاره الشيخ تقي الدين[1].

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإن قال له: اعمل برأيك هل له الزراعة يحتمل أن لا يملك ذلك، لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها وقد روي عن أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيمن دفع إلىٰ رجل ألفًا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي: ظاهر هذا أن قوله: اتجر بما شئت دخلت

(1) «الفروع» (4/ 298)، و«الإنصاف» (5/ 454)، و«كشاف القناع» (3/ 615، 616)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 589، 590)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 543)، و«منار السبيل» (2/ 197، 198).

فيه؛ لأنها من الوجوه التي يبتغىٰ بها النماء وعلىٰ هذا لو توىٰ المال كله في لم يلزمه ضمانه[1].

شروط العمل في المضاربة:

والعمل في المضاربة يشترط فيه شروط بعضها لا تصح المضاربة إلا بها وتفسد المضاربة إن تخلفت هذه الشروط أو بعضها وبعضها تفسد المضاربة بوجودها وهذه الشروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه.

تصرفات المضارب (العامل):

تصرفات المضارب منها ما يجوز له فعله من غير نص عليه ومنها ما لا يجوز له فعله إلا بالنص عليه، ويختلف حكم ذلك بحسب ما إذا كانت المضاربة مطلقة أو مقيدة وكذلك من مذهب لآخر.

والمضاربة المطلقة: هي أن يدفع رب المال للمضارب مالًا بدون قيد، من غير تعيين رب المال للمضارب العمل أو المكان الذي سيضارب فيه أو الزمان أو صفة العمل أو من يعامله، بل قال له: خذ هذا المال مضاربة علىٰ أن الربح بيننا مناصفة أو أثلاثًا أو نحو ذلك. وهذا النوع جائز باتفاق المذاهب[2] إلا أنهم اختلفوا فيما يجوز للمضارب فعله وما لا يجوز كما سيأتي.

والمضاربة المقيدة: هي أن يعين رب المال شيئًا من ذلك بأن يعين له العمل أو المكان الذي سيضارب ويتاجر فيه أو شراء متاع معين أو أن لا يتاجر إلا من شخص معين أو إلا في وقت معين[3].

(1) «المغني» (5/ 26).

(2) «الإقناع في مسائل الإجماع» (3/ 1677) رقم (3284).

(3) «بدائع الصنائع» (6/ 87).

وقد اختلف العلماء هل تصح هذه الشروط التي في المضاربة المقيدة أم لا؟ بعد اتفاقهم أن القراض لو سلم من الشروط فهو جائز[1].

ذهب الحنفية والحنابلة إلىٰ جواز هذه الشروط في الجملة علىٰ تفصيل سيأتي نقلًا عنهم ومنع من ذلك المالكية والشافعية وتفسد المضاربة بذلك عندهم علىٰ تفصيل سيأتي.

قال الحنفية: المضاربة المقيدة حكمها حكم المضاربة المطلقة لا تفارقها إلا في قدر القيد.

والأصل فيه أن القيد إن كان مفيدًا يثبت، لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن وإذا كان القيد مفيدا كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**المسلمون عند شروطهم**» فيتقيد بالمذكور ويبقىٰ مطلقًا فيما وراءه علىٰ الأصل المعهود في المطلق إذا قيد ببعض المذكور إنه يبقىٰ مطلقًا فيما وراءه كالعام إذا خص منه بعضه إنه يبقىٰ عامًا فيما وراءه وإن لم يكن مفيدًا لا يثبت بل يبقىٰ مطلقًا، لأن ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم إذا عرفنا هذا فنقول:

إذا دفع رجل إلىٰ رجل مالا مضاربة علىٰ أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة، لأن قوله: «علىٰ أن» من ألفاظ الشرط وإنه شرط مفيد، لأن الأماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا في السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه في ذلك أن الإذن كان عدمًا؛ وإنما يحدث بالعقد فيبقىٰ فيما وراء ما تناوله العقد علىٰ أصل العدم.

---

(1) «الإقناع في مسائل الإجماع» (3/ 1677) رقم (3282).

وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة؛ لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه فلأن لا يملك الأمر بذلك أولىٰ وإن أخرجها من الكوفة؛ فإن اشترىٰ بها وباع ضمن؛ لأنه تصرف لا علىٰ الوجه المأذون فصار فيه مخالفًا فيضمن وكأن المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وإن لم يشتر بها شيئًا حتىٰ ردها إلىٰ الكوفة بريء من الضمان ورجع المال مضاربة علىٰ حاله؛ لأنه عاد إلىٰ الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد إلىٰ الوفاق. ولو لم يرده حتىٰ هلك قبل التصرف لا ضمان عليه؛ لأنه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن.

ولو اشترىٰ ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجع علىٰ المضاربة؛ لأنه تقرر الخلاف في القدر المشترىٰ وزال عن القدر المردود.

ولو دفع إليه علىٰ أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير سوقها فهو جائز علىٰ المضاربة استحسانًا والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس: أنه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين.

وجه الاستحسان: أن التقييد بسوق الكوفة غير مفيد، لأن البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغىٰ الشرط.

ولو قال له اعمل به في سوق الكوفة أو لا تعمل به إلا في سوق الكوفة فعمل في غير سوق الكوفة يضمن، لأن قوله لا تعمل إلا في سوق الكوفة حجر له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الأول ما حجر عليه بل شرط عليه أن يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلغا.

ولو قال له خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها، لأن «في» كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي أذن له فيه فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك إذا قال له فاعمل به في الكوفة لما قلنا، ولأن الفاء من حروف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها؛ وإنما يتعلق إذا لم يجز التصرف في غيرها.

وكذلك إذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة، لأن الباء حرف إلصاق فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها.

ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل به في الكوفة فله أن يعمله بالكوفة وحيث ما بدا له، لأن قوله خذ هذا المال مضاربة إذن له في التصرف مطلقا وقوله واعمل به في الكوفة إذن له بالعمل في الكوفة فكان له أن يعمل في أي موضع شاء كمن قال لغيره أعتق عبدا من عبيدي ثم قال له أعتق عبدي سالما أن له أن يعتق أي عبد شاء ولا يتقيد التوكيل بإعتاق سالم كذا هذا إذ المضاربة توكيل بالشراء والبيع.

ولو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف علىٰ أن تشتري به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال تشتري به الطعام أو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له أن يشتري سوىٰ الطعام بالإجماع لما ذكرنا علىٰ أن للشرط والأصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والفاء لتعليق ما قبلها بما بعدها.

وقوله: يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله في الطعام ففي كلمة ظرف؛ فإذا دخلت علىٰ ما لا يصلح ظرفا تصير بمعنىٰ الشرط وكل ذلك

يقتضي التقييد بالشرط المذكور وإنه شرط مفيد، لأن بعض أنواع التجارة يكون أقرب إلىٰ المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدي الإنسان إلىٰ بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيدا فيتقيد به ولا يملك أن يشتري غير الطعام والطعام هو الحنطة ودقيقها إذ لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والأمر يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق إلا علىٰ الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بأن قال له خذ هذا المال مضاربة بالنصف علىٰ أن تشتري به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له أن يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وأن يبضع فيه وأن يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة لما ذكرنا أن اللفظ المطلق إذا قيد ببعض الأشياء يبقىٰ علىٰ إطلاقه فيما وراءه.

وقال ابن سماعة: سمعت محمدًا قال في رجل دفع إلىٰ رجل مالا مضاربة فقال له إن اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولي النصف وإن اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولي الثلثان فقال هذا جائز وله أن يشتري أي ذلك شاء علىٰ ما سمىٰ له رب المال؛ لأنه خيره بين عملين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية.

ولو دفع إليه علىٰ أنه إن عمل في المصر فله ثلث الربح وإن سافر فله النصف جاز والربح بينهما علىٰ ما شرطا إن عمل في المصر فله الثلث وإن سافر فله النصف ولو اشترىٰ في المصر وباع في السفر أو اشترىٰ في السفر وباع في المصر فقد روي عن محمد أنه قال المضاربة في هذا علىٰ الشراء؛ فإن اشترىٰ في المصر فما ربح في ذلك المتاع فهو علىٰ ما شرط في المصر سواءٌ باعه في المصر

أو في غيره، لأن المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء؛ فإذا اشترىٰ في المصر تعين أحد العملين فلا يتغير بالسفر وإن عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد من المالين علىٰ ما شرط.

ولو قال له علىٰ أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز وهو علىٰ فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره، لأن هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة والأمانة، لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع وقد يكون أوثق علىٰ المال فكان التقييد مفيدا كالتقييد بنوع دون نوع.

ولو قال علىٰ أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترىٰ وباع من رجال بالكوفة من غير أهلها فهو جائز، لأن هذا الشرط لا يفيد إلا ترك السفر كأنه قال علىٰ أن تشتري ممن بالكوفة.

وكذلك إذا دفع إليه مالا مضاربة في الصرف علىٰ أن يشتري من الصيارفة ويبيع كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف، لأن التقييد بالصيارفة لا يفيد إلا تخصيص البلد أو النوع؛ فإذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء.

ولو دفع إليه مالا مضاربة ثم قال له بعد ذلك اشتر به البز وبع فله أن يشتري البز وغيره؛ لأنه أذن بالشراء مطلقًا ثم أمره بشراء البز فكان له أن يشتري ما شاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة إلا أن هناك القيد مقارن وههنا متراخ وقد ذكرناه.

وذكر القدوري رَحِمَهُ ٱللَّهُ إن هذا محمول علىٰ أنه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد الطارئ علىٰ مطلق العقد أنه إن كان ذلك قبل الشراء يعمل وإن كان

بعدما اشترىٰ به لا يعمل إلىٰ أن يبيعه بمال عين فيعمل التقييد عند ذلك حتىٰ لا يجوز أن يشتري إلا ما قال.

ولو دفع إليه مالا مضاربة علىٰ أن يبيع ويشتري بالنقد فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد، لأن هذا التقييد مفيد فيتقيد بالمذكور.

ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز، لأن النقد أنفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيدا فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع بأكثر منها جاز كذا هذا[1].

وقال الحنابلة: إذا اشترط رب المال علىٰ العامل أن لا يسافر بالمال أو أن يسافر به أو لا يتجر إلا في بلد بعينه أو نوع يعينه أو لا يشتري إلا من رجل بعينه فهذا كله صحيح سواء كان هذا النوع مما يعم وجوده أو لا يعم والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل لأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة.

أما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا تبع إلا من فلان ولا تشتر إلا من فلان أو لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح ذلك وهي شروط فاسدة؛ لأنها تفوت المقصود من المضاربة، وهو الربح، أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل[2].

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 99، 100)، و«الهداية شرح البداية» (3/ 204)، و«الاختيار» (3/ 24، 25)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 448، 449)، و«مختصر الوقاية» (2/ 190)، و«اللباب» (1/ 542)، و«تبيين الحقائق» (5/ 59)، و«مجمع الضمانات» (2/ 652)، وابن عابدين (4/ 321).

(2) «المغني» (5/ 40، 41)، و«الإفصاح» (1/ 449).

وقال المالكية: لا يجوز أن يشرط رب المال علىٰ العامل أن يتاجر فيما يقل وجوده - أي ما يوجد تارة ويعدم أخرىٰ- بأن قال لا تتجر إلا في الشيء الفلاني وكان وجوده في بلد القراض قليلًا؛ فإن فعل وعمل فسد القراض وكان فيه قراض المثل في الربح علىٰ المشهور، وسواء خالف واشترىٰ غيره أو اشتراه. وقيل: له أجرة مثله.

وكذا لا يجوز أن يشترط يد رب المال مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء مما يتعلق بالقراض؛ فإن فعل فسد القراض لما فيه من التحجير ولأنه يوجب زيادة جهالة في العمل، وللعامل أجرة مثله في ذمة رب المال سواء حصل ربح أم لا، بخلاف قراض المثل، فإنه يكون في الربح؛ فإن لم يحصل له ربح فلا شيء له.

وكذا لا يجوز اشتراط مشاورة ومراجعة رب المال في البيع والشراء، ويفسد القراض لما فيه من التحجير عليه والتضييق وهو مخالف سنة القراض، وفيه أجرة المثل. لأنه لم يأتمنه علىٰ ذلك، فهو حينئذ شبيه بالأجير؛ فلهذا كان له أجرة مثله.

وكذا لا يجوز اشتراط أمين علىٰ العامل. أو اشتراط تعيين محل للتجر لا يتعداه لغيره كسوق أو حانوت. أو اشتراط تعيين زمن له لا يتاجر في غيره ولو تعدد كلا تشتر أو لا تبع إلا في الشتاء أو اشتر في الصيف وبع في الشتاء، لأن التحديد ببعض السلع أو زمان معين تحجير يخل بحكمة القراض، لاحتمال ألا تساعده الأسواق في تلك السلعة أو ذلك الزمان. أو اشتراط أن لا يشتري بالمال شيئًا بالمال إلىٰ بلوغ بلد كذا وبعد بلوغه يكون له التصرف في أي محل أو تعيين

شخص للشراء منه بحيث لا يشتري شيئًا من غيره أو البيع له بحيث لا يبيع سلعة لغيره؛ فيفسد القراض في ذلك كله للتحجير المخالف لسنة القراض. وفيه أجرة المثل والربح لرب المال والخسارة عليه في الجميع.

لأن كل شرط في عقد يؤدي إلىٰ فوات المقصود بالعقد، أو تعذره فإنه مبطل له، أصله إذا باعه سلعة علىٰ أن لا يتصرف فيها أو لا يبيعها، أو تزوج امرأة وشرط ألا يطأها، وهذه صفة تنازعنا فيه في شرط خصوص التصرف من الوجوه التي ذكرناها فوجب فساد العقد إذا وقع عليها.

ووجه قول إن القراض الفاسد يرد العامل فيه كله إلىٰ إجارة المثل جملة من غير تفصيل أن القراض إجارة بغرر، لأن العامل يعمل في المال علىٰ جزء مما يربح فيه إن كان فيه ربح، إلا أنه استثني من الأصول للضرورة، فإنما يجوز إذا وقع علىٰ وجهه وسنته. فإذا وقع علىٰ خلاف ذلك فليس بقراض وإن سماه قراضًا، وإنما هو إجارة فاسدة فيرد فيها إلىٰ إجارة مثله، وإنما يكون قراضًا إذا عملا علىٰ سنة القراض. ألا ترىٰ أنه لو قارضه علىٰ أن يعمل له بالمال إلىٰ أجل كذا وكذا في كذا وكذا وله كذا وكذا لكانت إجارة ولم يكن قراضا، فلا معنىٰ للاعتبار بذكر القراض إلا إذا عمل به علىٰ سنته. وأيضًا؛ فإن القراض عقد صحيح يوجب عوضا مسمىٰ للعامل بالعمل؛ فإذا كان فاسدًا وجب له أجر المثل في عمله لفواته. أصله إذا استأجره إجارة فاسدة ففاتت بالعمل أو باعه بيعًا فاسدًا ففاتت السلعة المبيعة.

إلا أنهم أجازوا لرب المال أن يشترط علىٰ العامل أن لا ينزل واديًا أو لا يسير بالمال في الليل لما فيه من الخطر أو لا ينزل بالمال في البحر الملح أو

الحلو لما فيه من الخطر أو يبتاع سلعة عينها له وكان ذلك لغرض صحيح من قلة الربح فيها أو حصول الوضيعة فيها فإنه يعمل بشرطه؛ لأنه شرط جائز، وضمن العامل المال إن خالف واحدًا مما ذكر أي وحصل التلف بسبب المخالفة، وأما لو خاطر وسلم ثم تلف المال بعد ذلك فلا ضمان عليه[1].

وقال الشافعية: يشترط أن لا يضيق المالك على العامل في التصرف وحينئذ فلا يجوز أن يشرط عليه شراء متاع معين كهذه الحنطة أو هذا الثوب أو شراء نوع يندر وجوده، أو شرط معاملة شخص بعينه كلا تبع إلا لزيد، أو لا تشتر إلا منه؛ لإخلاله بالمقصود؛ لأن المتاع المعين قد لا يربح، والنادر قد لا يجده، والشخص المعين قد لا يعامله، وقد لا يجد عنده ما يظن أن فيه ربحًا.

أما النوع الذي لا يندر وجوده فإنه يصح ولو كان ينقطع كالفواكه الرطبة لانتفاء الضيق، وكذا إن ندر وكان بمكان يوجد فيه غالبًا. ولو نهاه عن هذه الأمور صح؛ لأنه يمكنه شراء غير هذه السلع، والشراء والبيع من غير زيد[2].

وقال ابن رشد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل أن يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع أو تعيين جنس

---

(1) «المقدمات الممهدات» (3/ 13)، و«الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (3/ 169)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 284، 288)، و«الذخيرة» (6/ 36) و«التاج والإكليل» (4/ 413، 417)، و«تحبير المختصر» (4/ 508، 511، 518)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 206، 208، 213)، و«الشرح الصغير» (8/ 398، 399)، و«البهجة في شرح التحفة» (2/ 358).

(2) «مغني المحتاج» (3/ 343، 344)، و«نهاية المحتاج» (5/ 254، 255)، و«النجم الوهاج» (5/ 262، 263)، و«الديباج» (2/ 428، 429)، و«كفاية الأخيار» (341)، و«حاشية البيجوري على شرح ابن قاسم» (2/ 44).

ما من البيع أو تعيين موضع ما للتجارة أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتا ما من أوقات السنة.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يلزمه ما اشترط عليه وإن تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن.

فمالك والشافعي رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنسًا ما من السلع لكان على شرطه في ذلك بإجماع[1].

توقيت المضاربة:

اختلف الفقهاء في المضاربة هل تصح أن يشترط أن تكون مؤقتة بمدة أم لابد من عدم التقييد؟ بعد اتفاقهم على أنها إلى غير أجل جائزة.

فذهب الحنفية والحنابلة في المذهب إلى جواز أن تكون المضاربة مؤقتة بوقت فلو قال له خذ هذا المال مضاربة إلى شهر أو سنة جازت المضاربة، لأن المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت ويبطل العقد بمضي الوقت المحدد، لأن الحكم المؤقت ينتهي بمضي الوقت، ولأنه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد فإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان[2]؛ ولأنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع، فجاز توقيته في الزمان،

(1) «بداية المجتهد» (2/ 180).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 99)، و«الهداية شرح البداية» (3/ 205)، و«الاختيار» (3/ 25)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 449)، و«اللباب» (1/ 543)، و«تبيين الحقائق» (5/ 90)، و«مجمع الضمانات» (2/ 653)، وابن عابدين (8/ 293)، و«الهندية» (4/ 298)، و«الإقناع في مسائل الإجماع» (3/ 1676) رقم (3281).

كالوكالة؛ ولأن لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت إذا رضي أن يأخذ بماله عرضا؛ فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضىٰ العقد، فصح، كما لو قال: إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئًا.

قال منها: سألت أحمد عن رجل أعطىٰ رجلًا ألفا مضاربة شهرًا؛ فإذا مضىٰ شهر تكون قرضا قال: لا بأس به، قلت: فإذا جاء الشهر وهي متاع قال: إذا باع المتاع يكون قرضا[1].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة في قول وحكاه الطحاوي عن الحنفية وخطأه الكساني إلىٰ أنه لا يجوز توقيت المضاربة بوقت بأن يقارضه إلىٰ مدة معلومة لا يفسخها قبلها، ولا علىٰ أنه إذا انقضت المدة انفسخ العقد، فلم يجز أن يبيع ما اشتراه من المتاع ولا أن يستأنف شراء غيره، ومتىٰ وقع العقد علىٰ ذلك كان فاسدًا، لما فيه من التحجير الخارج عن سنة القراض، ولأن القراض من العقود الجائزة لكل واحد منهما تركه لو شاء؛ فإذا شرط الأجل فكأنما منع نفسه من تركه وذلك غير جائز؛ لأنه كالوكالة وهو متضمن لمعناها، لأن المال للمالك، وإنما يتصرف العامل فيه لطلب الفضل فيه والنماء نيابة عن المالك، والقدر الذي يفترقان فيه أن التوكيل لا يتضمن شركة الوكيل للموكل في الربح، والقراض يتضمن ذلك؛ فإذا ثبت ذلك صح أنه من العقود الجائزة فيجب أن يكون ما أخرجه إلىٰ اللزوم باطلًا؛ لأنه يخرجه عن بابه وأصله، وتوقيته يقتضي اللزوم فوجب فساده؛ فإذا وقع رد إلىٰ قراض مثله عن المالكية[2].

(1) «المغني» (5/ 40، 41)، و«المبدع» (5/ 21)، و«الإنصاف» (5/ 430)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 569).

(2) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 178) رقم (1026)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 284)، و«التاج والإكليل» (4/ 412)، و«تحبير المختصر» (4/ 508)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 206)، و«الشرح الصغير» (8/ 395).

وعلل أبو حفص العكبري عدم الجواز لثلاثة معان:

أحدها: أنه عقد يقع مطلقًا؛ فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح.

الثاني: أن هذا ليس من مقتضىٰ العقد ولا له فيه مصلحة فأشبه ما لو شرط أن لا يبيع وبيان أنه ليس من مقتضىٰ العقد أنه يقتضي أن يكون رأس المال ناضًا؛ فإذا منعه البيع لم ينض.

الثالث: أن هذا يؤدي إلىٰ ضرر بالعامل؛ لأنه قد يكون الربح والحظ في بقية المتاع ويبعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها[1].

وقال الشافعية: لا يشترط بيان مدة القراض لأنهما قادران علىٰ فسخ القراض متىٰ أرادا، فلو ذكر مدة كشهر لم يصح لإخلال التأقيت بمقصود القراض فقد لا يربح في المدة وإن عين مدة كشهر ومنعه التصرف أو البيع بعدها فسد العقد لما مر أنه يخل بمقصود العقد فإنه قد لا يجد راغبًا في المدة فلا تحصل التجارة والربح، ومع ذلك هو مخالف لمقتضىٰ العقد أيضًا؛ فإن مقتضاه بعد الفسخ تنضيض رأس المال، ومنعه من التصرف بعد المدة يمنع من ذلك.

وإن منعه الشراء فقط كأن قال لا تشتر بعدها ولك البيع فلا يفسد البيع في الأصح لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعد الشهر، ولأن المالك متمكن من منعه من الشراء في كل وقت، فجاز أن يتعرض له في العقد بخلاف المنع من البيع.

والثاني: يفسد؛ لأن ما كان وضعه علىٰ الإطلاق كان التأقيت منافيًا له؛ كالبيع والنكاح.

(1) «المغني» (5/ 41).

وصورة المسألة: أن تكون المدة يتأتىٰ فيها الشراء لغرض الربح بخلاف ساعة ونحوها، فلو قال: قارضتك سنة ولم يزد.. فالأصح المنصوص: البطلان[1].

قال ابن عبد البر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أما القراض إلىٰ أجل فلا يجوز عند الجميع لا إلىٰ سنة ولا إلىٰ سنين معلومة ولا إلىٰ أجل من الآجال؛ فإن وقع فسخ ما لم يشرع العامل في الشراء بالمال؛ فإن كان ذلك مضىٰ ورد إلىٰ قراض مثله عند مالك وأما الشافعي فيرد عنده إلىٰ أجرة مثله وكذلك كل قراض فاسد هذا قوله وقول عبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون.

وأما أبو حنيفة فقال في المضاربة إلىٰ أجل أنها جائزة إلا أن يتفاسخا[2].

تعليق المضاربة:

اختلف الفقهاء في المضاربة هل يصح أن تعليقها علىٰ شرط مستقبل كإذا جاء زيد أو جاء رأس الشهر فضارب أم لا يجوز؟ فذهب الحنابلة وهو مقتضىٰ نصوص الحنفية إلىٰ الجواز وذهب المالكية والشافعية إلىٰ عدم الجواز.

قال الحنابلة: تصح المضاربة معلقة؛ لأنها إذن في التصرف فجاز تعليقه علىٰ شرط مستقبل كالوكالة كقول رب المال للعامل: إذا جاء زيد فضارب بهذا المال أو اقبض ديني من فلان وضارب به؛ لأنه وكيله في قبض الدين ومأذون له في التصرف فجاز جعله مضاربة إذا قبضه كاقبض ألفا من غلامي وضارب به[3].

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 744)، «مغني المحتاج» (3/ 345)، و«نهاية المحتاج» (5/ 256، 255)، و«النجم الوهاج» (5/ 265)، و«الديباج» (2/ 430).

(2) «الاستذكار» (7/ 15).

(3) «شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 570)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 522).

وذهب المالكية والشافعية إلىٰ أنه لا يصح تعليق القراض بأن يقول: إذا جاء رأس الشهر.. فقد قارضتك؛ قياسًا علىٰ غيره من العقود، وكذا لو نجزه وعلق التصرف كقوله: قارضتك الآن ولكن لا تتصرف إلا بعد شهر أو إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل فيه.. فباطل عند الملكية والأصح عند الشافعية. ومقابل الأصح: يصح كالوكالة[1].

ما يجوز للمضارب فعله وما لا يجوز:

1- بيع المضارب نسيئة:

المضارب إذا باع بالنسيئة فلا يخلو إما أن يكون قد نهاه رب المال عن البيع نسيئة وإما أن يكون قد أذن له وإما أنه لم يأمره ولم ينهاه.

فإذا نهاه عن البيع نسيئة فباع نسيئة فإنه يضمن بإجماع العلماء.

قال ابن المنذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمعوا علىٰ أن رب المال إذا نهىٰ العامل أن يبيع بنسيئة فباع بنسيئة أنه ضامن[2]؛ لأنه لا تجوز مخالفة رب المال، لأنه متصرف بالإذن فلا يتصرف في غير ما أذن له فيه كالوكيل، ولأن ذلك لا يمنع مقصود المضاربة، وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة[3].

---

(1) «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 178) رقم (1026)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 284)، و«التاج والإكليل» (4/ 412)، و«تحبير المختصر» (4/ 508)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 206)، و«الشرح الصغير» (8/ 395)، و«النجم الوهاج» (5/ 265).

(2) «الإجماع» (532)، وكذا نقل «الإجماع» ابن القطان الفاسي في «الإقناع» (3303): وأجمع أهل العلم علىٰ أن العامل إذا نهاه رب المال أن يبيع نسيئة فخالف وباع نسيئة أنه ضامن.

(3) «المغني» (5/ 23).

وإن أذن له في البيع نسيئة فباع نسيئة فلا ضمان عليه إجماعًا.

أما إذا لم ينهاه عن البيع بنسيئة ولم يأمره فاختلف العلماء هل يجوز له ذلك أم لا؟

فذهب الإمام أبو حنيفة والحنابلة في المذهب أنه يجوز له أن يبيع نَسَاء؛ لأن إذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلىٰ التجارة المعتادة، وهذا عادة التجار، فيدخل تحت الأذن كل ما هو تجارة أو ما لابد للتجارة منه، ولأنه يقصد به الربح والربح في النَّسَاءِ أكثر وهو أقرب إلىٰ تحصيل مقصود رب المال وهو الربح فالربح في الغالب إنما يحصل بالبيع بالنسيئة دون البيع بالنقد، ولأن تسليط المضارب علىٰ المال ليس بمقصود رب المال إنما مقصوده تحصيل الربح بطريق التجارة وذلك حاصل. والدليل علىٰ أن البيع بالنسيئة تجارة مطلقة قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: 282]؛ فهذا يبين أن التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك إلا بالبيع بالنسيئة.

وهذا إذا باع إلىٰ أجل معتاد، أما إذا باع إلىٰ أجل لا يبيع التجار إليه ولا هو معتاد لم يجز، لأنهم العمدة في هذا الباب، ولأن الأمر العام ينصرف إلىٰ المعروف بين الناس، ولهذا كان له أن يستكري سفينة للركوب وليس له شرائها للركوب، اعتبارًا لعادة التجار.

وذهب المالكية والشافعية وأبي يوسف ومحمد وأحمد في الرواية الثانية إلىٰ أنه ليس له أن يبيع بالنسيئة، إلا بإذن رب المال؛ لأنه نائب في البيع فلم يجز له البيع نسيئة بغير إذن صريح فيه كالوكيل، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا علىٰ وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تغرير بالمال، وقرينة الحال تقيد

مطلق الكلام فيصير كأنه قال له: بعه حالًّا. ولأنه قد يتلف رأس المال، فتبقىٰ العهدة علىٰ المالك.

وقال الشافعية: وإن باع بإذن رب المال جاز، ويجب أن يكون البيع من ثقة مليء ويجب عليه الإشهاد؛ فإن تركه ولم يشهد ضمن، ويكتفي بشاهد واحد وبمستور. ولا يجب عليه الإشهاد في البيع حالًا؛ لأنه يحبس المبيع إلىٰ قبض الثمن؛ فإن سلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن إلا أن يأذن له الملك في التسليم قبل قبض الثمن، سلمه، ولم يلزمه الإشهاد ولا يضمن للإذن، لأن العادة ترك الإشهاد في البيع الحال.

وإن قدر للعامل مدة تعينت، فلا يزيد عليها، ولا ينقص، وإن أطلق الأجل، حمل علىٰ العرف.

قال الماوردي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا يجوز عند الإذن بالنسيئة أن يشتري أو يبيع سلمًا، لأن عقد السلم أكثر غررا نعم إن أذن له في الشراء سلما جاز أو في البيع سلما لم يجز وفرق بينهما بوجود الحظ غالبا في الشراء دون البيع قال الخطيب الشربيني: والأوجه كما قال شيخنا جوازه في صورة البيع أيضًا لوجود الرضا من الجانبين.

وليس له أن يشتري شيئًا بثمن مثله وهو لا يرجو حصول ربح فيه، لأن الإذن لا يقتضيه قاله الماوردي ولا يشتري بغير جنس رأس المال.

قال الماوردي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو شرط علىٰ العامل البيع المؤجل دون الحال فسد العقد[1].

(1) «مغني المحتاج» (3/ 350، 351)، و«النجم الوهاج» (5/ 274)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 385)، و«إعانة الطالبين» (3/ 194)، و«حاشية قليوبي وعميرة علىٰ كنز الراغبين» (3/ 134، 135).

جاء في «المدونة الكبرى» في المقارض يبيع بالنسيئة:

(قال) وقال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوز للمقارض أن يبيع بالنسيئة إلا بإذن رب المال وهو ضامن أن باع بنسيئة بغير أمره[1].

وقال الشيخ محمد عليش رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لو باع العامل شيئًا من سلع القراض بدين بلا إذن رب المال فيضمن فيها للإمام مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ لا يجوز للعامل أن يبيع بالنسيئة إلا بإذن رب المال؛ فإن فعل بغير إذنه ضمن وهذا ما لم يشترط في أصل العقد. أبو الحسن، لأن بيوع المسلمين إنما هي بالنقد في الغالب؛ فإن وقع عقد القراض مبهما انصرف إلىٰ العرف اهـ.

فيؤخذ منه أنه إذا كان العرف البيع بالدين انصرف المبهم إليه وهو ظاهر طفي[2].

فإن باع بالدين فالربح بينهما والخسارة عليه علىٰ المشهور[3].

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فإذا قلنا: له البيع نَساء، فالبيع صحيح، ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانه، إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه، فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر علىٰ المشتري.

وإن قلنا: ليس له البيع نَساء فالبيع باطل؛ لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه، فأشبه البيع من الأجنبي، إلا علىٰ الرواية التي تقول: يقف بيع الأجنبي علىٰ الإجازة، فهاهنا مثله، ويحتمل قول الخرقي صحة البيع، فإنه إنما ذكر الضمان، ولم يذكر

(1) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 166).

(2) «منح الجليل» (7// 348).

(3) «الشرح الكبير» (5/ 295)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 214)، و«تحبير المختصر» (4/ 519)، و«التاج والإكليل» (4/ 424)، و«منح الجليل» (7// 350).

فساد البيع، وعلىٰ كل حال يلزم العامل الضمان، لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه؛ فإن قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه، إما لتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده إليه.

وإن قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضًا؛ لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل أن يضمن الثمن؛ لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع، وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه، بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئًا[1].

لكن الخلاف السابق بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما إذا باع نسيئة أما لو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع.

أما عند أبي حنيفة ومحمد فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولىٰ؛ لأنه أقوىٰ منه تصرفا، إلا أن المضارب لا يضمن، لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل؛ لأنه لا يملك ذلك.

وأما عند أبي يوسف فلأنه يملك الإقالة، ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل فإنه لا يملك الإقالة.

يعني أن الوكيل عندهما يملك الإقالة وتأخير الثمن إلا أنهما قالا في الوكيل إذا أخر الثمن ضمن، والمضارب لا يضمن؛ لأن المضارب يملك أن يستقيل، ثم يبيع بنسيئة فكذلك يملك أن يؤخر ابتداء ولا يضمن، والوكيل لا يملك أن يقايل، ثم يبيع بالنساء؛ فإذا أخر ضمن، وأما أبو يوسف فقال: لا يجوز تأخير الوكيل ويجوز تأخير المضارب لما ذكرنا.

---

(1) «المغني» (5/ 23، 24).

وقال الحنفية: إن قال رب المال للمضارب: لا تبع إلا بالنقد لم يكن له أن يبيع إلا بالنقد؛ لأن المضاربة يدخلها التخصيص وله في ذلك منفعة وهو تعجيل المال؛ فإن أمره أن يبيع بالنسيئة فله أن يبيع بالنقد والنسيئة؛ لأن بالنقد خيرا له، وإن نهاه عنه كما لو وكل رجلا أن يبيع له عبدا بألف ولا يبيعه بأكثر من ذلك كان له أن يبيعه بألف وبما زاد عليه.

واختلفوا فيما إذا ادعىٰ المضارب أن رب المال أذن له في البيع والشراء نقدًا ونسيئة. وقال رب المال: أذنت لك بالنقد.

فقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: القول قول المضارب مع يمينه؛لأنه يدعي ما هو مقتضىٰ مطلق العقد والبينة بينة رب المال؛ لأنه هو المحتاج إلىٰ إثبات المعين بالبينة.

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القول قول رب المال مع يمينه(1).

(1) «المبسوط» (22/ 38)، و«بدائع الصانع» (6/ 87)، و«العناية شرح الهداية» (12/ 178، 180) و«الجوهرة النيرة» (3/ 464، 465)، و«الاختيار» (3/ 24)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189)، و«اللباب» (1/ 548)، و«مجمع الضمانات» (653)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 292)، و«المدونة الكبرىٰ» (12/ 166)، و«حاشية الصاوي» (8/ 407)، و«منح الجليل» (7/ 348)، و«روضة الطالبين» (3/ 749)، و«مغني المحتاج» (3/ 350، 351)، و«النجم الوهاج» (5/ 274)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 385)، و«الديباج» (2/ 434)، و«المغني» (5/ 23، 24)، و«الكافي» (2/ 260)، و«المحرر» (1/ 351)، و«المبدع» (5/ 10)، و«الفروع» (4/ 290)، و«الإنصاف» (5/ 415، 416)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553)، و«مطالب أولىٰ النهي» (2/ 503)، و«الإفصاح» (1/ 450).

2- شراء المضارب بالنسيئة:

اختلف الفقهاء في المضارب هل يجوز له أن يشتري بالنسيئة إذا لم يأذن له رب المال ولم ينهاه أم لا يجوز؟

ذهب الحنفية إلىٰ أنه يجوز للمضارب أن يشتري بالنسيئة كما يجوز له البيع بالنسيئة. لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد وأصله أن المضارب مأمور بالتجارة، فيدخل تحت الإذن كل ما هو تجارة أو ما لا بد للتجارة منه[1]

وقال المالكية: لا يجوز للعامل أن يشتري سلعًا للقراض بنسيئة وإن أذن ربه له في ذلك. وأما شراؤه لنفسه فجائز إذا لم يشغله عن القراض.

والفرق أنه يجوز للعامل أن يبيع بنسيئة إذا أذن له رب المال كما تقدم وأنه لا يجوز له أن يشتري بنسيئة ولو أذن له رب المال في ذلك، أن بيعه بالدين فيه تعريض لإتلاف المال وهو من حق ربه؛ فإذا أذن جاز له ذلك، وأما شراؤه بالدين فإنه يكون ضامنا فالربح له ولا شيء منه لرب المال؛ لأنه عليه صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «نهىٰ عن ربح ما لم يضمن» فكيف يأخذ رب المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته، وهذا حيث كان لرب المال حصة من الربح ولو كان الربح كله للعامل جاز إذ تخلص حينئذ من «نهيه عليه الصلاة والسلام من ربح ما لم يضمن».

فإن اشترىٰ سلعة بدين للقراض فالربح للعامل، أي ربح تلك السلعة ولا شيء منه لرب المال. كما أن الخسر عليه. كما لو اشترىٰ بدين لنفسه، ثم إذا

(1) «الهداية» (3/ 210)، و«الاختيار» (3/ 24)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189).

اشترىٰ تلك السلعة لنفسه أو للقرض بدين في ذمته منفردة عن سلع القراض وباعها كذلك، فجميع ربحها له وخسرها عليه ولا تعتبر قيمتها[1].

أما الشراء بالنسيئة عند الشافعية فلم ينصّ عليه الشيخان وصرح الإمام الماوردي ومتأخري الشافعية بجوازه عند الإذن؛ فإن لم يأذن فلا يجوز قال الماوردي: ولا يجوز عند الإذن بالنسيئة أن يشتري أو يبيع سلما، لأن عقد السلم أكثر غررا نعم إن أذن له في الشراء سلما جاز أو في البيع سلما لم يجز[2] وفرق بينهما بوجود الحظ غالبا في الشراء دون البيع.

قال الخطيب الشربيني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والأوجه كما قال شيخنا جوازه في صورة البيع أيضًا لوجود الرضا من الجانبين.

وليس له أن يشتري شيئًا بثمن مثله وهو لا يرجو حصول ربح فيه، لأن الإذن لا يقتضيه قاله الماوردي ولا يشتري بغير جنس رأس المال[3].

وقال ابن شطا الدمياطي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في شرحه لـ«فتح المعين»: قوله: (ولا بنسيئة) أي ولا يتصرف بنسيئة، أي بأجل في بيع أو شراء أيضًا للغرر، ولأنه قد يتلف رأس المال، فتبقىٰ العهدة متعلقة بالمالك، اهـ.تحفة.

(1) «الشرح الكبير» (5/ 298)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 216)، و«تحبير المختصر» (4/ 522)، و«التاج والإكليل» (4/ 427)، و«منح الجليل» (7// 350)، و«حاشية الصاوي» (8/ 407)، و«منح الجليل» (7// 354).

(2) قال في «العباب» (788): لا يجوز عند إذن تصرفه بمؤجل أن يتصرف سلما، فإن أذن فيه فله الشراء لا البيع سلمًا؛ إذ الحظ غالبا في الشراء فقط.

(3) «مغني المحتاج» (3/ 350، 351)، و«النجم الوهاج» (5/ 274)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 385)، و«حاشية إعانة الطالبين» (3/ 194)، و«العباب» (788).

وقوله: بلا إذن فيهما، أي في الغبن والنسيئة، أما بالإذن، فيجوز، لأن المنع لحقه، وقد زال بإذنه[1].

وأما الحنابلة فقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «المغني»: وإن اشترىٰ في الذمة لزم العامل دون رب المال إلا أن يجيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الخرقي.

وقال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع أنني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضًا[2].

3- الإحالة بالثمن:

نص الحنفية والحنابلة علىٰ أنه يجوز للمضارب أن يحيل ويحتال بالثمن.

قال الحنفية: يجوز للمضار أن يحيل ويحتال بالثمن ولو احتال المضارب بالثمن علىٰ رجل، والمحال عليه أيسر أو أعسر: فهو جائز؛ ولو احتال بالثمن علىٰ الأيسر أو علىٰ الأعسر، جاز؛ لأن الحوالة من عادة التجار؛ لأنهم ربما تمكنوا من الاقتضاء من المحال عليه أكثر مما يتمكنون من اقتضاء المحيل وليس هذا كالوصي إذا احتال بمال اليتيم فإنه يعتبر فيه الأصلح؛ لأن تصرفه مقيد بشرط النظر؛ فإن كان ذلك أصلح جاز، وإلا لم يجز؛ لأن الوصي يتصرف لليتيم علىٰ وجه الاحتياط فما لا احتياط فيه لا يجوز وتصرف المضارب علىٰ عادة التجار فيما اعتادوه جاز[3].

---

(1) «إعانة الطالبين» (3/ 194)، و«حاشية قليوبي وعميرة علىٰ كنز الراغبين» (3/ 134، 135).

(2) «المغني» (5/ 25).

(3) «العناية شرح الهداية» (12/ 178، 180)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 464، 465)، و«اللباب» (1/ 542)، و«مجمع الضمانات» (654).

وقال الحنابلة: حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وما يلزمه فعله وفي الشروط، لأن ما جاز في إحداهما جاز في الآخرىٰ لاشتراكهما في التصرف في الأذن وكذا المنع أي ما امتنع في إحداهما امتنع في الأخرىٰ. وقد قالوا: للشريك أن يحيل ويحتال؛ لأن الحوالة عقد معاوضة وهو يملكها فكذلك في المضاربة[1].

أما المالكية فقد جاء في «المدونة»: قلت: أرأيت لو أن رجلًا أخذ مالًا قراضًا فاشترىٰ به وباع، فلما باع بعض السلعة احتال بالثمن علىٰ رجل مليء أو معسر إلىٰ أجل أتراه ضامنًا؟ قال: قال مالك: إذا باع العامل بالدين من غير أن يأمره رب المال بذلك فهو ضامن. فأراهُ إذا احتال بذلك إلىٰ أجل فهو ضامن كمن باع بالدين[2].

ولم أجد قولًا للشافعية في هذه المسألة، وإن كان مقتضىٰ كلامهم يدل علىٰ عدم الجواز، لأنهم قالوا: يجب علىٰ العامل أن يتصرف محتاطًا. وهذا ليس من الاحتياط والله أعلم.

4- الشراء بأكثر من رأس المال:

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلىٰ أنه لا يجوز للمضارب أن يشتري سلعًا للقراض بأكثر من مال القراض؛ فإن فعل ضمن.

---

(1) «كشاف القناع» (3/ 585، 599)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553، 568)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 503).

(2) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 122).

قال الحنفية: إذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال الذي في يده، لأن الزيادة تكون دينا وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه حتىٰ لو اشترىٰ سلعة بألفي درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد علىٰ الألف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله؛ لأنه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له.

وكذلك قالوا: ليس للمضارب أن يستدين علىٰ مال المضاربة إلا بالتنصيص عليه ولو استدان لم يجز علىٰ رب المال ويكون دينا علىٰ المضارب في ماله، لأن الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضا رب المال بل فيه إثبات زيادة ضمان علىٰ رب المال من غير رضاه، لأن ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون علىٰ رب المال بدليل أن المضارب لو اشترىٰ برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم؛ فإن المضارب يرجع إلىٰ رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة علىٰ المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز.

ثم الاستدانة هي: أن يشتري المضارب شيئًا بثمن دين ليس في يده من جنسه حتىٰ إنه لو لم يكن في يده شيء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترىٰ برأس المال سلعة ثم اشترىٰ شيئًا بالدراهم أو الدنانير لم يجز علىٰ المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله؛ لأنه اشترىٰ بثمن ليس في يده من جنسه فكان مستدينا علىٰ المضاربة فلم تجز علىٰ رب المال وجاز عليه، لأن الشراء وجد نفاذًا عليه؛ كالوكيل بالشراء إذا خالف وسواء كان اشترىٰ بثمن

حال أو مؤجل؛ لأنه لما اشترىٰ بما ليس في يده من جنسه صار مستدينًا علىٰ المضاربة، وهو لا يملك ذلك.

ولو كان ما في يد المضارب من العبد أو العرض يساوي رأس المال أو أكثر فاشترىٰ شيئًا للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض ويؤدي ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالًا أو مؤجلًا لما ذكرنا أنه استدانة.

ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الأجل لم ينتفع بذلك؛ لأنه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له؛ لأنه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة.

ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشتري ثوبا أو عبدا بمكيل أو موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب، لأن في يده من جنسه فلم يكن استدانة ولو كان في يده دراهم فاشترىٰ سلعة بدراهم نسيئة لم يكن استدانة، لأن في يده من جنسه ولو كان في يده دراهم فاشترىٰ بدنانير أو كان في يده دنانير فاشترىٰ بدراهم فالقياس أن لا يجوز علىٰ رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز.

وجه القياس: أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترىٰ بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترىٰ بالعروض.

وجه الاستحسان: أن الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لأنهما أثمان الأشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلىٰ الآخر، فكانا بمنزلة شيء واحد فكان مشتريا بثمن في يده من جنسه.

ولو كان رأس المال ألف درهم فاشترىٰ سلعة بألف أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك ألف لا يملك أن يشتري بعد ذلك علىٰ ألف المضاربة شيئًا بألف أخرىٰ أو غير ذلك، لأن مال المضاربة كان مستحقًا بالثمن الأول فلو اشترىٰ بعد ذلك لصار مستدينًا علىٰ مال المضاربة فلا يملك ذلك؛ فإن اشترىٰ عليها أولًا عبدًا بخمسمائة لا يملك بعد ذلك أن يشتري إلا بقدر خمسمائة؛ لأن الخمسمائة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال، لأن ذلك صار مستحقًا من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة؛ فإذا اشترىٰ بأكثر مما بقي صار مستدينًا علىٰ مال المضاربة، فلا يصح.

ولو باع المضارب واشترىٰ وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من الأموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الأموال ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له أن يشتري متاعًا بثمن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بأن اشترىٰ عبدًا بكر حنطة موصوفة؛ فإن اشترىٰ بكر حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز وإن كان في يده أجود مما اشترىٰ به أو أدون لم يكن للمضاربة وكان للمضارب؛ لأنه إذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستدينًا علىٰ المضاربة، فلا يجوز.

ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة علىٰ رب المال يستوي فيه ما إذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل، لأن قوله اعمل برأيك تفويض إليه فيما هم من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب إلا بإذن رب المال بها نصًا.

ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على إصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعا في ذلك كله؛ لأنه إذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستئجار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا في مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره أو قصر ثيابا لغيره بغير أمره.

وإذا أذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جاز له الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشترى بينهما نصفين؛ لأنه لا يمكن أن يجعل المشترى بالدين مضاربة، لأن المضاربة لا تجوز إلا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين، لأن مطلق الشركة يقتضي التساوي وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثًا، لأن هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه إلا بشرط التفاضل في الضمان؛ فإن شرطا التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وإن أطلقا كان المشترى نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح وإذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن دينا عليهما من غيره مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة إلا بإذن رب المال؛ فإن أذن له أن يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وإن هلك صار مضمونًا عليه[1].

وقال **المالكية**: لا يجوز للعامل أن يشتري للقراض بأكثر من مال القراض ولو بنقد من عنده. للنهي عن ربح ما لم يضمن وذلك، لأن العامل يضمن ما زاد في ذمته ويكون في القراض وحينئذ يؤدي إلى ما ذكر.

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 90، 92)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189).

فإن اشترىٰ سلعة بأكثر من ماله فالربح للعامل، أي ربح تلك السلعة ولا شيء منه لرب المال. كما أن الخسر عليه. كما لو اشترىٰ بدين لنفسه، ثم إذا اشترىٰ تلك السلعة لنفسه أو للقرض بدين في ذمته منفردة عن سلع القراض وباعها كذلك، فجميع ربحها له وخسرها عليه ولا تعتبر قيمتها[1].

وجاء في «المدونة الكبرى»: قال الإمام مالك: المقارض إذا اشترىٰ سلعًا بمال القراض فزاد في ثمنها من عنده علىٰ صاحب المال، فرب المال بالخيار، إن أحب أن يدفع إليه ما زاد وتكون السلعة كلها علىٰ القراض، وإن كَرِهَ ربُّ المال ذلك كان العامل شريكًا لرب المال بما زاد من ماله[2].

وقال الشافعية: ولا يجوز أن يشتري للقراض بأكثر من رأس المال وربحه، لأن المالك لم يرض بأن يشغل العامل ذمته إلا بذلك؛ فإن فعل لم يقع الزائد لجهة القراض.

فلو كان رأس المال وحده أو مع ربحه مائة فاشترىٰ عبدا بمائة ثم اشترىٰ آخر بعين المائة فالثاني باطل سواء اشترىٰ الأول بالعين أم في الذمة؛ لأنه إن اشتراه بالعين فقط صارت ملكا للبائع بالعقد الأول؛ فإن اشترىٰ في الذمة فقد صارت مستحقة الصرف لعقد الأول وإن اشترىٰ الثاني في الذمة وقع للعامل حيث يقع للوكيل إذا خالف[3].

(1) «الشرح الكبير» (5/ 298)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 216)، و«تحبير المختصر» (4/ 522)، و«التاج والإكليل» (4/ 427)، و«منح الجليل» (7// 350)، و«حاشية الصاوي» (8/ 407)، و«منح الجليل» (7// 354).

(2) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 95).

(3) «روضة الطالبين» (3/ 750)، و«مغني المحتاج» (3/ 352)، و«نهاية المحتاج» (5/ 266)، و«النجم الوهاج» (5/ 275)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 385)، و«حاشية إعانة الطالبين» (3/ 194)، و«حاشية قليوبي وعميرة» (3/ 136، 137)، و«العباب» (789).

وقال الحنابلة: ليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال، لأن الإذن لم يتناول غيره؛ فإن كان رأس المال ألفا فاشترىٰ عبدا بألف فهو للمضاربة؛ لأنه مأذون فيه وإن اشترىٰ آخر لم يدخل في المضاربة؛ لأنه غير مأذون فيه وحكمه حكم ما لو اشترىٰ لغيره شيئًا بغير إذنه ويكون ربحه للمضارب إن ربح وخسارته عليه إلا أن يأذن رب المال؛ فإن تلف الألف قبل نقده في الأول فعلىٰ رب المال الثمن، لأن الشراء بإذنه ويصير رأس المال الثمن الثاني، لأن الأول تلف قبل تصرفه فيه وإن تلف قبل الشراء لم يدخل المشتري في المضاربة؛ لأنها انفسخت قبل الشراء لتلف رأس المال وزوال الإذن[1].

وقال ابن القطان الفاسي رَحِمَهُ اللَّهُ: وإذا اشترىٰ العامل بمال القراض متاعًا، وحمله بكراء من بلد إلي بلد رجاء الفضل فبار عليه واغتراق الكراء المال؛ فإن كان فيه وفاء للكراء فسبيل ذلك وإن كان بقي من الكراء شيء فعلىٰ العامل لا علىٰ رب المال؛ لأنه لا يبيع بدين من غير المال الذي قارضه فيه، ولا يحمل العامل في ذلك علىٰ رب المال، لا أعلم فيه خلافًا وهو أصل وإجماع[2].

5- السفر بمال المضاربة:

المضارب إذا نهاه رب المال عن السفر بمال المضاربة، فلا يجوز له السفر باتفاق الفقهاء؛ فإن سافر ضمن وإن أذن له في السفر جاز بحسب الإذن بلا خلاف، لأن المنع منه لحقه، وقد رضي به؛ فإن تلف المال بلا تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه[3].

---

(1) «المغني» (5/ 28)، و«الكافي» (2/ 272)، و«المحرر» (351)، و«المبدع» (5/ 26)، و«الإنصاف» (5/ 436، 437).

(2) «الإقناع في مسائل الإجماع» (3/ 1681) رقم (3300).

(3) «الإقناع في مسائل الإجماع» (1679، 1680).

واتفقوا أيضًا أنه لا يجوز له أن يسافر في موضع مخوف أو إلىٰ بلد مخوف إن أذن له رب المال في مطلق السفر؛ فإن فعل فهو ضامن لما يتلف؛ لأنه متعدٍّ بفعل ما ليس له فعله، وإن سافر في طريق أمن جاز.

ثم اختلفوا فيما إذا لم يأذن له أو ينهاه رب المال هل له السفر بمال المضاربة دون إذن من رب المال أم لا إذا كان البلد أو الطريق آمنا؟

فذهب الشافعية في المذهب وأبي حنيفة وأبو يوسف في رواية عنهما وابن حبيب وسحنون من المالكية والحنابلة في وجه إلىٰ أنه لا يجوز للمضارب أن يسافر بمال المضاربة ولو كان السفر قريبا والطريق أمنا ولا مؤنة في السفر إلا بإذن رب المال، لأن السفر مظنة الخطر وفيه تغرير بالمال؛ لأنه يعرض فيه الخوف والفساد، فلم يملكه المضارب من غير إذن رب المال.

فإن سافر بغير إذنه أو خالف فيما أذن له ضمن ولو عاد من السفر.

قال الشافعية: ومحل امتناع السفر إلىٰ ما يقرب من بلد المضاربة إذا لم يعتد أهل بلد المضاربة الذهاب إليه ليبيع ويعلم المالك بذلك، وإلا جاز؛ لأن هذا حسب عرفهم يعد من أسواق البلد.

وقال الشافعية أيضًا: ولو ضاربه بمحل لا يصلح للإقامة- كالمفازة- فالظاهر كما قال الأذرعي: أنه يجوز له السفر بالمال إلىٰ مقصده المعلوم لهما، ثم ليس له بعد ذلك أن يحدث سفرًا إلىٰ غير محل إقامته؛ فإن أذن له جاز بحسب الإذن، وإن أطلق الإذن سافر لما جرت به العادة من البلاد المأمونة؛ فإن سافر بغير إذن أو خالف فيما أذن له ضمن وأثم، ولم تنفسخ المضاربة ولو عاد من السفر، ثم إن كان المتاع بالبلد الذي سافر إليه أكثر قيمة، أو تساوت

القيمتان، صح البيع واستحق نصيبه من الربح وإن كان متعديًا بالسفر، ويضمن الثمن الذي باع به مال القراض في سفره وإن عاد بالثمن من السفر، لأن سبب الضمان وهو السفر لا يزول بالعود، وإن كان- المتاع هناك- أقل من القيمة لم يصح البيع إلا أن يكون النقص قدرًا يتغابن به.

وقالوا: إن أذن له في السفر فلا يسافر في البحر إلا إن نص له عليه لخطره، فلا يكفي فيه الإذن في السفر، نعم إن عين له بلدا ولا طريق له إلا البحر كان له أن يسافر فيه وإن لم ينص عليه والإذن محمول عليه، قاله الأذرعي وغيره، والمراد بالبحر الملح كما قاله الإسنوي، وهل يلحق بالبحر الأنهار العظيمة كالنيل والفرات؟ قال الأذرعي: لم أر فيه نصا، وقال الشربيني الخطيب: الأحسن أن يقال: إن زاد خطرها على خطر البر لم يجز؛ إلا أن ينص عليه كما قاله ابن شهبة.

وذهب الحنفية في المذهب (أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف في رواية عنه) **والمالكية في المشهور والشافعية في قول ذكره البويطي والحنابلة في المذهب إلى** أنه يجوز للمضارب أن يسافر بمال المضاربة -برا وبحرا كما يقول الحنفية- إن أطلق رب المال الإذن في المضاربة ولم يقيده؛ لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وعليه فلفظ المضاربة يدل على ذلك المضارب وملك المضارب ذلك بمطلق العقد، لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية سفرًا وحضرًا، ولأن المقصود من هذا العقد استنماء المال وهذا المقصود بالسفر أوفر، ولأن العقد صدر مطلقا عن المكان فيجري على إطلاقه، ولأن مأخذ الاسم دليل عليه، لأن المضاربة مشتقة من الضرب

في الأرض وهو السير قال الله تبارك وتعالىٰ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: 20]؛ فإذا كان معنىٰ المضاربة السفر فمحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة؛ ولأنه طلب الفضل وقد قال الله تعالىٰ عز شأنه: ﴿وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: 10].

ولأن القراض يقتضي التصرف في المال علىٰ العادة في طلب تنميته، والعادة جارية بالتجارة سفرًا وحضرًا؛ فإذا أطلق الإذن فقد دخل علىٰ العادة، فيتضمن ذلك التصرف كل ما يعتاد مثله، ولأن من السلع ما قد جرت العادة بأنه لا يشترىٰ إلا في السفر ولا ينمىٰ المال إلا فيه، وإلا أن يحمل إلىٰ المواضع المقصودة به؛ فإذا ثبت أن له أن يشتري تلك السلعة ثبت له أن يسافر بها، لأن تنميتها لا تحصل إلا به.

وروي عن أبي يوسف أنه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت وبين ما له حمل ومؤنة وبين ما لا حمل له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب علىٰ ذلك، لأن ما له حمل إذا احتاج إلىٰ رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له.

وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنه إذا دفع إليه المال بالكوفة وهما من أهليها؛ فإن أبا حنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع في مصر آخر غير الكوفة فللمضارب أن يخرج به حيث شاء.

ووجه رواية أبي يوسف عنه فهو أن المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز إلا بإذن رب المال نصا أو دلالة؛ فإذا دفع المال إليه في بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصا ودلالة لم يكن له أن يسافر وإذا دفع إليه في غير بلدهما فقد

وجد دلالة الإذن بالرجوع إلىٰ الوطن، لأن العادة أن الإنسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده فكان دفع المال في غير بلدهما رضا بالرجوع إلىٰ الوطن فكان إذنا دلالة.

وذهب اللخمي من المالكية إلىٰ أن العامل إذا كان من شأنه السفر فله ذلك وإلا فلا[1].

نفقة المضارب من مال المضاربة في السفر والحضر:

المضارب إما أن يضارب بالمال في الحضر وإما أن يضارب به في السفر:

أولًا: أن يضارب بالمال في الحضر:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة في الجملة علىٰ أن الرجل إذا دفع إلىٰ رجل مالا مضاربة فعمل به في مصره أو في أهله ولم يسافر به فلا نفقة له في مال المضاربة ولا علىٰ رب المال، لأن مقامه في مصره أو في أهله لكونه متوطنا فيه

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 71، 88)، و«مختصر اختلاف العلماء» للطحاوي (4/ 41)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 445، 446)، و«الاختيار» (3/ 24)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189)، و«درر الحكام» (3/ 468)، و«المدونة الكبرىٰ» (12/ 119)، و«الإشراف» (3/ 171، 172) رقم (1021)، و«المنتقىٰ شرح الموطأ» (5/ 173)، و«الشرح الكبير» (5/ 291)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 210)، و«تحبير المختصر» (4/ 515)، و«التاج والإكليل» (4/ 420)، «حاشية الصاوي» (8/ 407)، و«الإقناع» للماوردي (109)، و«العباب» (790)، و«البيان» (7/ 211)، و«روضة الطالبين» (3/ 754، 756)، و«مغني المحتاج» (3/ 353)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 268)، و«النجم الوهاج» (5/ 277)، «المغني» (5/ 24)، و«الفروع» (4/ 290)، و«المبدع» (5/ 11)، و«الإنصاف» (5/ 418، 419)، و«كشاف القناع» (3/ 587، 588)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553، 554)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 504).

لا لأجل مال المضاربة ألا ترىٰ أنه قبل عقد المضاربة كان متوطنا في هذا الموضع وكانت نفقته في مال نفسه فكذلك بعد المضاربة[1].

قال ابن القطان الفاسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأجمع الفقهاء أن المضارب إذا باع بمصره، ولم يسافر بالمال إلي بلد آخر، فليس له أن يأكل منه علىٰ المضاربة؛ إلَّا الليث بن سعد؛ فإنه قال: له أن يتغدىٰ منه إذا اشتغل به عن الانقلاب إلي أهله للغداء.

وإجماع الجمهور علىٰ أنه لا ينفق منه في الحضر[2].

إلا أن المالكية قالوا: هذا إذا لم يشغله عن الوجوه التي يقتات منها، وأما إن شغله إلا فله الإنفاق كالمسافر؛ فإن كانت له صناعة يقوم منها عيشه أو تجره، فعطل ما كان فيه لأجل العمل بالقراض كانت له النفقة كالذي يسافر به[3].

وأجاز الحنابلة والشافعية في مقابل الأصح نفقته إذا كان هناك شرط أو عادة قالوا: ولا نفقة لعامل من مال المضاربة ولو مع السفر بت؛ لأنه دخل علىٰ العمل

---

(1) «المبسوط» (23/ 63، 65)، «بدائع الصانع» (6/ 105، 106)، و«مختصر اختلاف العلماء» للطحاوي (4/ 43)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 447)، و«الهندية» (4/ 312) (1/ 449)، و«تحبير المختصر» (4/ 524)، و«التبصرة» (11/ 5247)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 420)، «البيان» (7/ 212، 213)، و«روضة الطالبين» (3/ 755، 756)، و«مغني المحتاج» (3/ 354)، و«نهاية المحتاج» (5/ 268، 269)، و«النجم الوهاج» (5/ 277)، و«الديباج» (2/ 436)، «المغني» (5/ 24، 25)، و«كشاف القناع» (3/ 603، 604)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 575، 576)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 528، 529).

(2) «الإقناع» (3/ 1682) رقم (3304)

(3) «تحبير المختصر» (4/ 524)، و«التبصرة» (11/ 5247)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 420)

بجزء فلا يستحق غيره، ولو استحقه لأفضىٰ إلىٰ اختصاصه بالربح إذا لم يربح غيرها إلا بشرط كوكيل أو عادة كما نص علىٰ ذلك ابن تيمية وابن القيم. ويصح شرطها سفرًا وحضرًا؛ لأنها في مقابلة عمله؛ فإن شرطت نفقة العامل مقدرة فحسن؛ قطعا للمنازعة، وإن شرطت مطلقة، واختلفا؛ أي: تشاحا في قدر النفقة؛ فله نفقة مثله عرفا من طعام وكسوة كالزوجة وسائر من تجب نفقته علىٰ غيره؛ لأن إطلاق النفقة يقتضي جميع ما هو من ضروراته المعتادة، فكان له النفقة والكسوة، وهي إباحة فلا تنافي ما تقدم أن شرط دراهم معلومة يبطلها. وتردد ابن نصر الله، هل النفقة من رأس المال أو الربح؟ قال البهوتي: بل الظن أنها من الربح.

وإن تعدد رب المال؛ بأن كان عاملا لاثنين فأكثر، أو عاملا لواحد، ومعه مال لنفسه أو بضاعة لآخر، واشترط لنفسه نفقة السفر؛ فالنفقة علىٰ قدر مال كل منهما، أو منهم؛ لأن النفقة وجبت لأجل عمله في المال، فكانت علىٰ قدر مال كل فيه، إلا أن يشرطها بعض من أرباب المال من ماله عالما بالحال، وهو كون العامل يعمل في مال آخر مع ماله؛ فيختص بماله؛ لدخوله عليه؛ فإن لم يعلم بالحال؛ فعليه بالحصة، وحيث شرطت النفقة للعامل، فادّعىٰ أنه أنفق من ماله المختص به بنية الرجوع؛ قبل قوله؛ لأنه أمين، ورجع بما أنفقه ولو كان ذلك بعد رجوع مال المضاربة لربه واحدًا كان أو متعددًا.

ولو لقي رب المال العامل ببلد كان قد أذن له في سفره إليه بالمال، وقد نض المال بأن صار المتاع نقدا، فأخذه ربه منه فلا نفقة للعامل؛ لرجوعه إلىٰ البلد الذي سافر منه؛ لأنه إنما يستحق النفقة ما داما في القراض وقد زال القراض فزالت النفقة، ولذلك لو مات لم يجب تكفينه ولو اشترط النفقة لانقطاع القراض بموته، فانقطعت النفقة.

وقد قيل له ذلك، لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره إلىٰ الموضع الذي أذن له فيه معتقدًا أنه مستحق للنفقة ذاهبًا وراجعًا؛ فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك[1].

وأما الشافعية فقالوا: إذا شرط النفقة في السفر أو الحضر فسد العقد في الأصح وفي مقابل الأصح يصح؛ لأنه من مصالح العقد[2].

ثانيًا: أن يضارب بالمال في السفر:

اختلف الفقهاء في المضارب إذا سافر بمال المضاربة هل تكون نفقته أثناء السفر من مال المضاربة أم من مال نفسه؟

فذهب الشافعية في الأظهر والحنابلة إلىٰ أن نفقه المضارب تكون من مال نفسه وليس من مال المضاربة؛ لأن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطيب وثمن الطب ولأنه دخل علىٰ أنه يستحق من الربح الجزء المسمىٰ فلا يكون له غيره ولأنه لو استحق النفقة أفضىٰ إلىٰ أن يختص بالربح إذا لم يربح سوىٰ ما أنفقه، لأن النفقة قد تستغرق الربح فيلزم انفراده به، وقد تزيد عليه فيلزم أخذه من رأس المال، وهو ينافي مقتضاه.

فإن شرط النفقة في السفر أو الحضر فسدت المضاربة عند الشافعية في الأصح كما تقدم.

---

(1) «المغني» (5/ 24، 25)، و«كشاف القناع» (3/ 603، 604)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 575، 576)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 528، 529).

(2) «البيان» (7/ 212، 213)، و«روضة الطالبين» (3/ 755، 756)، و«مغني المحتاج» (3/ 354)، و«نهاية المحتاج» (5/ 268، 269)، و«النجم الوهاج» (5/ 277)، و«الديباج» (2/ 436).

وقال الحنابلة: يصح الشرط فلو اشترط أن له النفقة في الحضر أو السفر جاز ذلك وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره.

قال أحمد في رواية الأثرم: أحب إلي أن يشترط نفقة محدودة وإن أطلق صحّ، نصّ عليه وله نفقته من المأكول ولا كسوة له.

قال أحمد: إذا قال له نفقته فإنه ينفق قيل له: فيكتسي، قال: لا إنما له النفقة. وإن كان سفره طويلًا يحتاج إلىٰ تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها، لأنه قيل له: فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلىٰ كسوة، فقال: إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل علىٰ مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه.

وقال القاضي وأبو الخطاب: إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول أو ملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق علىٰ معنىٰ ما كان ينفق علىٰ نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال.

ولم يذهب أحمد إلىٰ تقدير النفقة، لأن الأسعار تختلف وقد تقل وتكثر؛ فإن اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلىٰ الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلىٰ أقل ملبوس مثله؛ فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرىٰ أو بضاعة لآخر فالنفقة علىٰ قدر المالين، لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر والسفر للمالين فيجب أن تكون النفقة مقسومة علىٰ قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك[1].

---

(1) «المغني» (5/ 24، 25)، و«كشاف القناع» (3/ 603، 604)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 575، 576)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 528، 529)، و«البيان» (7/ 212، 213)، و«روضة الطالبين» (3/ 755، 756)، و«مغني المحتاج» (3/ 354)، و«نهاية المحتاج» (5/ 268، 269)، و«النجم الوهاج» (5/ 277)، و«الديباج» (2/ 436)

وذهب الحنفية والمالكية -بأربعة قيود عندهم كما سيأتي- والشافعية في مقابل الأظهر إلىٰ أنه يجوز للعامل في المضاربة أن ينفق علىٰ نفسه من مال القراض في طريقه وفي المصر الذي يأتيه لأجل العادة[1]، وهذا لأن خروجه وسفره لأجل مال المضاربة والإنسان لا يتحمل هذه المشقة ثم ينفق من مال نفسه لأجل ربح موهوم عسىٰ يحصل وعسىٰ لا يحصل بل إنما رضي بتحمل هذه المشقة باعتبار منفعة تحصل له وليس ذلك إلا بالإنفاق من ماله الذي في يده فيما يرجع إلىٰ كفايته بخلاف الوكيل والمستبضع؛ فإنه متبرع في عمله لغيره غير طامع في شيء من ماله لأجله وبخلاف الأجير؛ لأنه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فأما هذا فغير متبرع ولا هو مستوجب بدلا مضمونا بل حقه في ربح عسىٰ يحصل وعسىٰ لا يحصل فلا بد من أن يحصل له بإزاء ما تحمل من المشقة شيء معلوم وذلك نفقته في المال وهو بمنزلة الشريك والشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال فالمضارب كذلك وهذا؛ لأنه فرغ نفسه عن أشغاله لأجل مال المضاربة فهو كالمرأة إذا فرغت نفسها لزوجها بالمقام في بيته فأما في المصر فما فرغ نفسه لمال المضاربة فلا يستوجب نفقته فيه..

---

(1) قال ابن القطان في «الإقناع» (3/ 1683) رقم (3305): وأجمعوا أن له أن ينفق علىٰ نفسه نفقة بالمعروف تكون محتسبة علىٰ المضاربة إذا سافر له قاصدًا إلا الشافعي؛ فإنه قال في أحدىٰ روايتين: عنه ليس له ذلك إلا أن يأذن له فيه ربه.

وقال ابن حزم في «مراتب «الإجماع» ص(93): واتفقوا أن للعامل أن ينفق من المال علىٰ نفس المال فيما لا بد للمال منه وعلىٰ نفسه في السفر. اهـ. وما ذكراه من «الإجماع» والاتفاق غير صحيح كما هو ذكرته بالتفصيل.

ولأن الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها فكان إقدامهما علىٰ هذا العقد والحال ما وصفنا إذنا من رب المال للمضارب بالإنفاق من مال المضاربة فكان مأذونًا في الإنفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصا ولأنه يسافر لأجل المال لا علىٰ سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبضع لا يسافر بمال الغير علىٰ وجه التبرع وبخلاف الأجير؛ لأنه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة.

ولأنا لو قلنا: أنه ينفق علىٰ نفسه من ماله؛ لأدىٰ إلىٰ أن لا يحصل له شيء من الربح؛ لأنه ينفق جميع نصيبه من الربح، وبما لا يربح فيغرم النفقة.

ولأن العامل إنما سافر بالمال طلبا للفضل لا تطوعا، فلو قلنا إنه لا يستحق النفقة لأذهبت نفقته بربحه وبأضعافه، ولأن ذلك يصير زيادة ينفرد بها رب المال، وذلك خلاف موضوع القراض، ولأن سفره لما كان لأجل المال وطلب تنميته صار كبعض كلف المال ومؤنة الأجراء.

قال الحنفية: ونفقته طعامه وكسوته ودهنه وغسل ثيابه وركوبه في سفره إلىٰ المصر الذي أتاه بالمعروف علىٰ قدر نفقة مثله، لأن هذا كله مما لا بد منه في السفر وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إن دهنه ليس من جملة النفقة وكأنهما أرادا به في الموضع الذي لا يحتاج فيه إلىٰ استعمال الدهن عادة فتكون الحاجة إليه نادرة والثابت عرفا لا يثبت فيما هو نادر ومراد محمد

رَحِمَهُ ٱللَّهُ إذا سافر إلىٰ المواضع التي يحتاج فيها إلىٰ استعمال الدهن عادة وذلك في ديار الحجاز والعراق ثم المستحق نفقة المثل وهو المعروف كما في نفقة الزوجة؛ فإن أنفق أكثر من ذلك حسب له من ذلك نفقة مثله وكان ما بقي عليه في ماله؛ فإذا رجع إلىٰ مثله وقد بقي معه ثياب أو طعام أو غيره رده في مال المضاربة، لأن استحقاقه قد انتهىٰ برجوعه إلىٰ مصره فعليه رد ما بقي كالحاج عن الغير إذا بقي معه شيء من النفقة بعد رجوعه وكالمولىٰ إذا بوأ أمته مع زوجها بيتا ثم شغلها بخدمته وقد بقي معها شيء من النفقة كان للزوج أن يسترد ذلك منها.

فأما الدواء والحجامة والكحل ونحو ذلك ففي ماله خاصة دون مال المضاربة وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن ذلك كله في مال المضاربة، لأن مال المضاربة مدة سفره في حاجته كمال نفسه فكما إنه يصرف مال نفسه في هذه الأشياء كما يصرف في النفقة فكذلك مال المضاربة.

وجه ظاهر الرواية إنه إنما يستوجب النفقة في مال المضاربة وثمن الدواء وأجرة الحجام وما يحتاج إليه من العلاج ليس من النفقة، ألا ترىٰ أن الزوجة لا تستحق شيئًا من ذلك علىٰ زوجها بخلاف النفقة ثم الحاجة إلىٰ هذه الأشياء غير معتادة بل هي نادرة والنادر لا يستحق بطريق العادة.

ولو استأجر أجيرا يخدمه في سفره وفي مصره الذي أتاه ليخبز له ويطبخ ويغسل ثيابه ويعمل له ما لا بد له منه احتسب بذلك علىٰ المضارب؛ لأنه لو لم يستأجر احتاج إلىٰ إقامة هذه الأعمال بنفسه فإنه ما لا بد له منه وإذا عمل له أجيره تفرغ هو للعمل في مال المضاربة فكان في هذا الاستئجار منفعة للمضاربة

وكذلك لو كان معه غلمان له يعملون في المال كانوا بمنزلته ونفقتهم في مال المضاربة، لأن نفقتهم كنفقته وهم يعملون له في المال كما يعمل هو ومن يستحق نفقته علىٰ إنسان يستحق نفقة خادمه كالمرأة علىٰ زوجها إلا أنها لا تحتاج إلىٰ الزيادة علىٰ خادم واحد في عملها للزوج في بيته وقد يحتاج المضارب إلىٰ غلمان يعملون في المال معه فلهذا كانت نفقتهم في مال المضاربة.

وكذلك لو كان للمضارب دواب يحمل عليها متاع المضاربة إلىٰ مصر من الأمصار كان علفها علىٰ المضاربة ما دامت في عملها؛ لأنها بالعلف تتقوىٰ علىٰ حمل المتاع ومنفعة ذلك راجعة إلىٰ مال المضاربة وإذا أراد القسمة بدأ برأس المال فأخرج من المال وجعلت النفقة مما بقي؛ فإن بقي من ذلك شيء فهو الربح يقسم بين المضارب ورب المال علىٰ ما اشترطا وكذلك لو كان أنفق في سفره من المال بعضه قبل أن يشتري به شيئًا ثم اشترىٰ بالباقي وباع وربح استوفىٰ رب المال رأس ماله كاملًا، لأن ما أنفقه المضارب يجعل كالتاوي وقد بينا أن العقد يبقىٰ في الكل بعد هلاك بعض رأس المال فيحصل جميع رأس المال وما بقي فهو بينهما علىٰ الشرط.

ولو دفع المال مضاربة إليه فخرج إلىٰ السواد يشتري به الطعام وذلك مسيرة يوم أو يومين فأقام في ذلك المكان يشتري ويبيع فإنه ينفق في طريقه ومقامه في ذلك المكان من مال المضاربة وهذا ومسيرة ثلاثة أيام في المعنىٰ سواء؛ لأنه إنما فارق وطنه لعمله في مال المضاربة وكذلك لو أقام في هذا الموضع أيضًا فيستوجب النفقة في مال المضاربة ولو كان في المصر الذي فيه

أهله إلا أن المصر عظم أهله في أقصاه والمقام الذي يتجر فيه في الجانب الآخر وكان يقيم هناك ليتجر ولا يرجع إلىٰ أهله فلا نفقة له في مال المضاربة، لأن نواحي المصر في حكم ناحية واحدة (ألا ترىٰ) أن المقيم في ناحية من المصر يكون مقيما في جميع نواحيه وإذا خرج من أهله علىٰ قصد السفر لا يصير مسافرا ما لم ينفصل من عمران المصر وقد بينا أن مقامه في المصر لم يكن لأجل المضاربة وعلىٰ هذا قيل: لو كان يخرج للعمل إلىٰ موضع قريب ويعود إلىٰ أهله قبل الليل فإنه لا ينفق من مال المضاربة؛ لأنه مقيم في أهله إذا كان خروجه إلىٰ موضع لا يحتاج إلىٰ أن يبيت في غير أهله.

ولو كان له أهل بالكوفة وأهل بالبصرة ووطنه فيهما جميعا فخرج بالمال من الكوفة ليتجر فيه بالبصرة فإنه ينفق من مال المضاربة في طريقه؛ فإذا دخل البصرة كانت نفقته علىٰ نفسه ما دام بها؛ فإذا خرج منها راجعا إلىٰ الكوفة أنفق من مال المضاربة في سفره، لأن سفره في الذهاب والرجوع لأجل المضاربة أما في البلدتين فهو مقيم في أهله وإقامته في أهله ليس لأجل المضاربة ففي البلدتين ينفق من مال نفسه.

ولو كان أهل المضارب بالكوفة وأهل رب المال بالبصرة فخرج بالمال إلىٰ البصرة مع رب المال ليتجر فيه فنفقته في طريقه وبالبصرة وفي رجوعه إلىٰ الكوفة من مال المضاربة، لأن مقامه بالبصرة لأجل مال المضاربة إذ ليس له أهل بالبصرة لتكون البصرة وطن الإقامة له ويستوي إن نوىٰ الإقامة بها خمسة عشر يوما أو أقل، لأن التاجر في المال العظيم قد يحتاج إلىٰ هذا القدر من المقام في بلده لأجل التصرف في المال وبهذه النية تصير البصرة وطنا مستعارا له بخلاف ما لو كان له بها أهل أو تأهل بها؛ لأنه حينئذ تصير البصرة وطن إقامته.

ولو دفع إليه المال مضاربة وهما بالكوفة وليست الكوفة بوطن للمضارب لم ينفق علىٰ نفسه من المال ما دام بالكوفة، لأن إقامته بالكوفة علىٰ أي وجه كان ليس لأجل المضاربة (ألا ترىٰ) أنه قبل عقد المضاربة كان مقيما بها فلا يستوجب النفقة في مال المضاربة ما لم يخرج منها؛ فإن خرج منها إلىٰ وطنه ثم عاد إليها في تجارته أنفق بالكوفة من مال المضاربة؛ لأنه حين سافر بعد عقد المضاربة استوجب النفقة في مال المضاربة وصارت الكوفة في حقه كسائر البلدان، لأن وطنه بها كان مستعارا وقد انتقض بالسفر فرجوعه بعد ذلك إلىٰ الكوفة وذهابه إلىٰ مصر آخر سواء؛ فإن تزوج بها امرأة واتخذها وطنا زالت نفقته عن مال المضاربة، لأن مقامه بها بعد ما تزوج بها واتخذها دارا لأجل أهله لا لأجل مال المضاربة فهي بمنزلة وطنه الأصلي[1].

وقال المالكية: يجوز للعامل أن ينفق علىٰ نفسه من مال القراض، ويقضىٰ له بذلك بشروط أربعة:

1- إن سافر به للتجارة، أو احتاج إلىٰ ما يشرع فيه لتنمية المال ولو دون مسافة القصر من طعام وشراب وركوب ومسكن وما يتعلق بذلك من حمام وغسل ثوب علىٰ وجه المعروف حتىٰ يرجع لوطنه، ويقضىٰ له بذلك عند المنازعة ومفهوم الشرط أنه لا نفقة له بالحضر، ما لم يشغله عن الوجوه التي يقتات منها، وإلا فله الإنفاق.

2- ما لم يبن بزوجة في البلد الذي سافر له للتجارة؛ فإن تزوج في سفره بغير بلد إقامته ولم يبن بالزوجة فالنفقة مستمرة؛ فإن بنىٰ بها أسقطت نفقته منه، لا إن

(1) «المبسوط» (23/ 63، 65)، «بدائع الصانع» (6/ 105، 106)، و«مختصر اختلاف العلماء» للطحاوي (4/ 43)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 447)، و«الهندية» (4/ 312) (1/ 449).

لم يبن ولو دعي للدخول. والمراد بالبناء الدخول؛ فإذا عقد عليها لا تسقط نفقته مل لم يدخل بها. فإن طلقها بعد البناء بها طلاقا بائنا عادت له النفقة ولو كانت حاملا؛ لأن النفقة للحمل لا للزوجة.

3- واحتمل المال الإنفاق منه، بأن يكون كثيرًا عرفًا فلا نفقة في اليسير كالأربعين والخمسين دينارًا خصوصًا في زمن الغلاء.

4- وأن يكون السفر لغير أهل وحج وغزو ورباط وصلة رحم وغيرها من القرب؛ فإن سافر لواحد منها فلا نفقة له، والمراد بالأهل الزوجة المدخول بها لا الأقارب فهم كالأجانب، إلا أن يقصد بالسفر لهم صلة الرحم فلا نفقة له كالحج.

ولو سافر بأهله فله النفقة علىٰ نفسه فقط في سفره ذهابا وإيابا دون أهله؛ فإن أقامت معه في بلد التجارة؛ فإن له أن ينفق عليها من مال القراض في ظاهر كلامهم وقيل: لا نفقة لها مدة الإقامة بمنزلة ما لو بنىٰ بها في هذه البلد.

وإذا جاز له النفقة علىٰ نفسه أنفق ذهابًا وإيابًا بالمعروف، فلو أنفق سرفا تعين أن يكون له القدر المعتاد.

وإذا خرج الإنسان لحاجة تتعلق به غير أهل وحج وغزو فأعطاه إنسان قراضا ولو بعد أن اكترىٰ وتزود للخروج لحاجته؛ فإن النفقة توزع علىٰ قدر ما ينفقه في خروجه للحاجة وعلىٰ قدر مال القراض؛ فإذا كان قدر ما ينفقه في حاجته مائة وما ينفقه في عمل القراض مائة كان علىٰ كل نصف ما ينفقه فتكون المائة موزعة نصفها عليه ونصفها علىٰ مال القراض ولو كان الشأن أن الذي ينفقه علىٰ نفسه في اشتغاله بالقراض مائتان وزع علىٰ الثلث والثلثين[1].

(1) «الإشراف» (3/ 176، 177) رقم (1025)، و«الشرح الكبير» (5/ 300، 302)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 218، 219)، و«تحبير المختصر» (4/ 524، 525)، و«التاج والإكليل» (4/ 429، 430)، و«حاشية الصاوي» (8/ 420، 421).

وجاء في «المدونة الكبرى»: في التاجر الحاج يأخذ مالًا قراضًا:

(قال عبد الرحمن بن القاسم) قلنا لمالك أن عندنا تجارا قد عرفوا أيام الموسم يأخذون المال قراضا فيشترون البغال والرقيق وغير ذلك فيخرجون بها فيشهدون بها الموسم ولولا ذلك ما خرجوا إلىٰ الموسم فيما يظن بهم أفترىٰ لهم نفقة في مال القراض (فقال) مالك لا أيخرج حاجا وتكون نفقته من مال القراض فأبىٰ ذلك وقال: لا نفقة له ولا للغازي (قال) فقلنا لمالك في رجوعه (قال) ولا في رجوعه إلىٰ بيته لا يكون له نفقة (قال) فقلنا له فالرجل يقدم من بلده إلىٰ بلد آخر فيأخذ المال قراضا فيسير به إلىٰ بلده وفيها التجارة التي يريد أن يتجر فيها (قال) مالك لا نفقة له في ذهابه ولا في إقامته في أهله (قال) مالك وله النفقة في رجوعه ولم يجعله مثل الحاج ولا الغازي (قال) ولقد سألت مالكا عن الرجل يتجهز بمال أخذه قراضا وأراد سفرًا فتكارىٰ به واشترىٰ ثيابا لنفسه وطعاما من مال القراض فلما كانت الليلة التي أراد الخروج أتاه رجل بمال فقال له خذ هذا قراضا فكيف ترىٰ أن تكون له النفقة أمن المال الأول أم نفقته علىٰ المالين جميعا (قال) بل نفقته علىٰ المالين جميعا علىٰ قدرهما[1].

وعلىٰ مقابل الأظهر عند الشافعية أنه لا يستحق النفقة إلا في الربح؛ لأن مقتضىٰ القراض رد رأس المال.

وكم يستحق من النفقة فيه وجهان:

أحدهما: جميع النفقة؛ لأنه يسافر لأجل المال، فكانت جميع نفقته فيه.

والثاني: أنه يستحق ما زاد لأجل السفر علىٰ نفقة الحضر؛ لأن ذلك هو القدر الذي لزمه لأجل السفر.

---

(1) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 94)

وهل يفتقر إلىٰ تقدير النفقة؟ فيه قولان:

الأول: قال في (البويطي): يفتقر إلىٰ تقدير النفقة في عقد القراض؛ لأنه جزء يستحقه العامل من مال القراض، فكان مقدرا، كحصته من الربح.

والثاني: لا يفتقر، وهو الأصح؛ لأن الأسفار تختلف، فيقل الإنفاق فيها ويكثر، وذلك لا يمكن تقديره، بخلاف حصة العامل من الربح، قال أبو العباس، وأبو إسحاق: يضعف التقدير جدًّا.

قال النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويتفرع علىٰ الإثبات مسائل:

منها: لو استصحب مال نفسه مع مال القراض وزعت النفقة علىٰ قدر المالين. قال الإمام ويجوز أن ينظر إلىٰ قدر العمل علىٰ المالين ويوزع علىٰ أجرة مثلهما.

وقال أبو الفرج السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنما يوزع إذا كان ماله قدرا يقصد السفر له.

قلت: قد قال بمثل قول السرخسي أبو علي في «الإفصاح»، و«صاحب البيان» والله أعلم.

ومنها: لو رجع العامل ومعه فضل زاد أو آلات أعدها للسفر كالمطهرة ونحوها لزمه ردها إلىٰ مال القراض علىٰ الصحيح.

ومنها: لو استرد المالك منه المال في الطريق أو في البلد الذي سافر إليه لم يستحق نفقة الرجوع علىٰ الأصح كما لو خالع زوجته في السفر.

ومنها: أنه يشترط أن لا يسرف بل يأخذ بالمعروف وما يأخذه يحسب من الربح؛ فإن لم يكن ربح فهو خسران لحق المال ومهما أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد لم يأخذ لتلك المدة.

ومنها لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض فهو تأكيد إذا أثبتناها وإلا فسد القراض على الأصح كما لو شرط نفقة الحضر.

والثاني: لا؛ لأنه من مصالح العقد وعلى هذا في اشتراط تقديرها وجهان.

وعن رواية المزني في الجامع أنه لا بد من شرط النفقة في العقد مقدرة لكن لم يثبتها الأصحاب(1).

6- البيع بغبن فاحش:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمضارب أن يشتري أو يبيع بما لا يتغابن الناس في مثله واختلفوا فيما لو فعل هل يفسد البيع أم لا؟

قال الحنفية: ليس للمضارب أن يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله وإن قال له: (اعمل برأيك) ولو اشترى يصير مخالفًا، لأن المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقًا ينصرف إلى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله، ولأن الشراء بما لا يتغابن في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة.

فلو دفع إليه ألفا مضاربة وأمره أن يعمل في ذلك برأيه فاشترى بها عبدا يساوي خمسمائة فهو مخالف مشتر لنفسه ضامن للمال إن دفعه؛ لأنه اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله والمضارب في الشراء كالوكيل والوكيل لا يملك أن يشتري بما لا يتغابن الناس فيه ولو اشترى العبد بألف درهم وهو يساوي تسعمائة وخمسين جاز على المضاربة، لأن قدر الخمسين في الألف مما يتغابن

(1) «البيان» (7/ 212، 213)، و«روضة الطالبين» (3/ 755، 756)، و«مغني المحتاج» (3/ 354)، و«نهاية المحتاج» (5/ 268، 269)، و«النجم الوهاج» (5/ 277)، و«الديباج» (2/ 436)

الناس في مثله وذلك عفو في حق الوكيل بالشراء ولو اشترىٰ بها عبدا يساوي ألفا ثم باعه بمائة درهم جاز في قياس قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه فيما يبيع بمنزلة الوكيل بالبيع ومن أصله أن الوكيل بالبيع يملك البيع بغبن فاحش[1].

وقالوا: للمضارب الحط اليسير من ثمن المبيع من أجل العيب ولو كان ذلك أزيد من حصته أما إذا كان الحط الواقع غير يسير بل كان فاحشا فيصح هذا الحط أيضًا ولكن يضمنه المضارب لرب المال[2].

وقال الشافعية: لا يجوز للمضارب أن يبيع أو يشتري بغبن فاحش لا يحتمل كالوكيل بلا إذن من رب المال؛ لأنه يضر بالمالك؛ فإن أذن جاز، لأن المنع لحقه وقد زال بإذنه ومع جوازه ينبغي أن لا يبالغ في الغبن ليبيع ما يساوي مائة بعشرة، بل يبيع بما تدل القرينة علىٰ ارتكابه عادة في مثل ذلك؛ فإن بالغ في الغبن لم يصح تصرفه[3].

وقال الحنابلة: حكم المضارب حكم الوكيل، في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المثل، ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله؛ فإن فعل فقد روي عن أحمد: أن البيع يصح، ويضمن النقص؛ لأن الضرر ينجبر بضمان النقص.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: والقياس أن البيع باطل، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه بيع لم يؤذن له فيه، فأشبه بيع الأجنبي، فعلىٰ هذا، إن تعذر رد المبيع، ضمن

(1) «المبسوط» (22/ 54)، و«بدائع الصنائع» (6/ 92)، و«تبيين الحقائق» (4/ 226)، و«درر الحكام» (3/ 467).

(2) «درر الحكام» (3/ 468، 469).

(3) «روضة الطالبين» (3/ 749)، و«مغني المحتاج» (3/ 350)، و«نهاية المحتاج مع حاشية الشبرملسي» (5/ 264)، و«النجم الوهاج» (5/ 274)، و«الديباج» (2/ 434)

النقص أيضًا، وإن أمكن رده، وجب رده إن كان باقيًا أو قيمته إن كان تالفًا، ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري؛ فإن أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن، وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن؛ لأن التلف حصل في يده.

وأما ما يتغابن الناس بمثله، فغير ممنوع فيه؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال، فهو كالبيع، وإن اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال، إلا أن يجيزه، فيكون له، هذا ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي: إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال، فكذلك، وإن صرح للبائع إنني اشتريته لفلان، فالبيع باطل أيضًا[1].

وقال ابن عبد البر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واتفق أهل العلم - فيما علمت - أن الوكيل والمأمون-يشمل المضارب وغيره- ببيع شيء أو شرائه إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله أن فعله ذلك باطل مردود[2].

7- البيع بعرض:

أجاز فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة للمضارب أن يبيع بعرض قال المالكية: وإن لم يأذن رب المال؛ لأنه من التجر الذي دخل مع رب المال عليه، ولأن الغرض الربح، وقد يكون فيه، بخلاف الوكيل[3].

---

(1) «المغني» (5/ 13، 25)، و«الكافي» (2/ 261)، و«المبدع» (5/ 9)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 554).

(2) «الاستذكار» (6/ 539).

(3) «الشرح الكبير» (5/ 292)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 211)، و«تحبير المختصر» (4/ 516)، و«التاج والإكليل» (4/ 421)، و«مغني المحتاج» (3/ 351)، و«نهاية المحتاج» (5/ 264)، و«النجم الوهاج» (5/ 274)، و«الديباج» (2/ 434)، و«المغني» (5/ 26)، و«الأصل» للشيباني (4/ 162)، و«الدر المختار» (5/ 655).

8- الرد بالعيب:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه يجوز للعامل أن يرد سلعة من سلع القراض لأجل عيب فيها ولا كلام لرب المال في ذلك لتعلق حق العامل بالزيادة التي في السلعة.

قال الحنفية: حقوق العقد في الشراء والبيع ترجع إلىٰ المضارب لا إلىٰ رب المال، لأن المضارب هو العاقد فهو الذي يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتسليم الثمن ويقبض المبيع والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم لما قلنا.

ولو اشترىٰ المضارب عبدًا معيبًا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فللمضارب أن يرده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يرده، لأن حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال.

ولو اشترىٰ عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد، لأن الملك لرب المال؛ فإذا رضي به فقد أبطل حق نفسه.

ولو أن رب المال دفع إليه ألف درهم مضاربة علىٰ أن يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره فليس له أن يرده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب، لأن أمره بالشراء بعد العلم رضا منه بذلك العيب فكأنه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما إذا أمره بشراء عبد غير معين؛ لأنه لا يعلم أنه يشتري العبد المعيب لا محالة حتىٰ يكون علمه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي إلىٰ جنب دار المضارب أو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرىٰ من المضاربة ففيه تفصيل[1].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 90).

قال المالكية: يجوز للمضارب إذا اشترىٰ شيئًا ثم اطلع فيه علىٰ عيب أن يرده وإن أبىٰ رب المال؛ لتعلق حق العامل بالزيادة. وهذا إذا كان الشراء ببعض مال القراض، فأما إن اشترىٰ بالجميع سلعة ثم وجد فيها عيبا فلرب المال قبول ذلك المعيب بالثمن، لأن من حجة رب المال علىٰ العامل أن يقول له أنت إذا رددت ذلك نض المال فلي أن آخذه؛ فإن كان الثمن عرضًا لم يكن له ذلك، لأن العامل يرجو ربحه إذا عاد في يده وزاد بعضهم قيدًا آخر وهو أن يأخذه ربه لنفسه علىٰ وجه المفاضلة لا البيع[1].

وقال الشافعية: للعامل الرد بعيب تقتضيه مصلحة وإن رضي المالك، لأن للعامل حقًا في المال فلا يمنع منه رضا المالك بخلاف الوكيل؛ لأنه لا حق له في المال، ومحله إذا ظن السلامة فبان معيبًا، وله شراؤه مع علمه بعيبه إن رآه مربحًا.

فإن اقتضت المصلحة الإمساك للمعيب فلا يرده العامل في الأصح لإخلاله بمقصود العقد.

والثاني: له الرد كالوكيل.

وأجاب الأول بأن الوكيل ليس له شراء المعيب بخلاف العامل إذا رأىٰ فيه ربحا كما مر فلا يرد ما فيه مصلحة بخلاف الوكيل.

فإن استوىٰ الرد والإمساك كان له الرد قطعا ويجب علىٰ العامل مراعاة المصلحة في الرد والإمساك.

---

(1) «الشرح الكبير» (5/ 292)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 211)، و«تحبير المختصر» (4/ 515)، و«التاج والإكليل» (4/ 421).

وللمالك الرد لما اشتراه العامل معيبا حيث جاز للعامل الرد بل هو أولىٰ بجواز ذلك؛ لأنه مالك الأصل.

فإن اختلفا أي المالك والعامل في الرد والإمساك، أي لاختلافهما في المصلحة عمل من جهة الحاكم أو المحكم بالمصلحة الثابتة عنده في ذلك، لأن كلا منهما له حق سواء طلب المالك دون العامل الإمساك أو بالعكس.

فإن استوىٰ الحال في الرد والإمساك قال في «المطلب» يرجع إلىٰ العامل إن جوزنا له شراء المعيب بقيمته أي وهو الأصح كما مر إن رأىٰ فيه مصلحة[1].

وقال الحنابلة: للمضارب أن يشتري المعيب إذا رأىٰ المصلحة فيه، لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المعيب؛ فإن اشتراه يظنه سليما فبان معيبا فله فعل ما يرىٰ المصلحة فيه من رده بالعيب أو إمساكه وأخذ أرش العيب؛ فإن اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ، لأن المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الأمر علىٰ ما فيه الحظ وأما الشريكان إذا اختلفا في رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساك نصيبه إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لهما جميعا فلا يلزمه قبول رد بعضه، لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليه فلم يجز إدخال الضرر علىٰ البائع بتبعيض الصفقة عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك[2].

---

(1) «نهاية المطلب» (7/ 464، 467)، و«مغني المحتاج» (3/ 351، 352)، و«نهاية المحتاج» (5/ 265)، و«النجم الوهاج» (5/ 274، 275)، و«الديباج» (2/ 435).

(2) «المغني» (5/ 13، 26)، و«كشاف القناع» (3/ 585)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553).

9- المضارب يرهن ويرتهن في مال المضاربة:

اختلف الفقهاء هل يجوز للمضارب أن يرهن بالدين الذي عليه أو بالدين الذي له أم لا يجوز؟

فذهب الحنفية والحنابلة في المذهب إلىٰ أنه يجوز للمضارب عند الحاجة أن يرهن بالدين الذي عليه أو يرتهن بالدين الذي له، لأن الرهن يراد للإيفاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الإيفاء والاستيفاء فملك ما يراد لها. لأن الارتهان بمنزلة الاستيفاء وإلىٰ المضارب استيفاء الدين الواجب للمضاربة. ولو كانت المضاربة ألفين واشترىٰ عبدا بألف وقبضه ونقدها ثم اشترىٰ متاعا بالألف الأخرىٰ وقبضه علىٰ أن أعطاه العبد بها رهنا فهو جائز؛ لأن الرهن بمنزلة الاستيفاء والدين الواجب بتصرفه للمضاربة إنما يقتضيه من مال المضاربة.

وذهب الحنابلة في رواية إلىٰ أنه ليس له ذلك، لأن فيه خطرًا[1].

قال الحنفية: وإذا مات رب المال والمضاربة عروض فرهن المضارب منها شيئًا لم يجز، لأن المضاربة تنتقض بموت رب المال كالشركة؛ وإنما يملك من التصرف بعد ذلك ما ينض به المال ويرد رأس المال ويقسم الربح مع الورثة والرهن ليس من هذا في شيء بما لا يملك أن يرهن فيكون هو ضامنا بخلاف ما لو باع شيئًا من المال؛ لأنه إن باعه بالنقد فهو تصرف في الذي ينض به المال وإن باعه بالعرض فكذلك أيضًا، لأن هذا العرض ربما لا يشتري بالنقد فتبادله بعرض آخر يشتري ذلك منه بالنقد.

---

(1) «المغني» (5/ 14)، و«الكافي» (2/ 260)، و«الفروع» (4/ 290)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189).

وإذا رهن رب المال متاعًا من المضاربة وفيه فضل لم يجز، لأن حق المضارب في الفضل مملوك له فلا يصح رهن رب المال فيه بغير رضا المطالب فلا يصح فيما وراء ذلك لأجل الشيوع؛ فإن لم يكن فيه فضل على رأس المال فهو جائز؛ لأنه رهن ملك نفسه بدينه ولكن يضمن قيمة ذلك؛ لأنه صار مخرجًا له من المضاربة وكان فيه حق للمضارب (ألا ترى) أنه لو نهاه عن التصرف فيه لا يعمل بنهيه فيصير ضامنا لحقه كما لو استهلكه وعلى قول زفر لا يضمن له شيئًا[1].

وقال الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا يجوز رهن المقارض، لأن الرهن غير مضمون إلا أن يأذن رب المال للمقارض يرهن بدين له معروف وكذلك لا يجوز ارتهانه إلا أن يأذن له رب المال أن يبيع بالدين؛ فإذا باع بالدين فالرهن ازدياد له ولا يجوز ارتهانه إلا في مال صاحب المال؛ فإن رهن عن غيره فهو ضامن ولا يجوز الرهن[2].

وقال في موضع آخر: وليس للمقارض أن يرهن، لأن الملك لصاحب المال كان في المقارضة فضلٌ عن رأس المال أو لم يكن؛ وإنما ملك المقارض الراهن شيئًا من الفضل شرطه له إن سلم حتى يصير رأس مال المقارض إليه أخذ شرطه وإن لم يسلم لم يكن له شيء[3].

أما المالكية فلم أقف لهم على قول في هذه المسألة.

---

(1) «المبسوط» (21/ 155)، و«البحر الرائق» (7/ 264)، و«الهداية شرح البداية» (3/ 210).

(2) «الأم» (3/ 151).

(3) «الأم» (3/ 193).

10- التبرع والإقراض والمحاباة والسفتجة بمال المضاربة:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الجملة إلىٰ أنه لا يجوز للمضارب أن يتبرع أو يقرض أو يحابي بمال المضاربة بلا إذن رب المال؛ فإن فعل ضمن.

قال الحنفية: ليس للمضارب أن يقرض مال المضاربة، لأن القرض تبرع في الحال إذ لا يقابله عوض للحال؛ وإنما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتمل التبرع.

وكذلك الهبة والصدقة، لأن كل واحد منهما تبرع.

ولا يأخذ سفتجة، لأن أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة.

وكذا لا يعطىٰ سفتجة، لأن إعطاء السفتجة إقراض وهو لا يملك الإقراض إلا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتىٰ يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض إن أحببت.

فأما إذا قال له اعمل في ذلك برأيك فإنما هذا علىٰ البيع والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول أبي يوسف وقولنا لما ذكرنا أن قوله اعمل في ذلك برأيك تفويض الرأي إليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة[1].

وقال المالكية: ليس للعامل أن يهب من مال القراض شيئًا لغير ثواب بكثير ولو للاستئلاف، وأما هبة القليل كدفع لقمة لسائل ونحوها فجائز كما أنه يجوز

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 92)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 448)، و«الهداية» (3/ 211)، و«تبيين الحقائق» (5/ 69)، و«مجمع الضمانات» (2/ 655)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 292).

له أن يهب للثواب؛ لأنها بيع والفرق بين الشريك وعامل القراض حيث جاز للشريك هبة الكثير للاستئلاف دون المقارض أن العامل الراجح فيه أنه أجير، والقول بأنه شريك مرجوح وحينئذ فالشريك أقوىٰ منه.

ولا يولي بسلعة من القراض بأن يشتري السلعة للقراض فيوليها لغيره بمثل ما اشترىٰ به لتعلق حق رب المال بالربح فيها، وهذا ما لم يخف الوضيعة أي الخسر فيها وإلا جاز.

وله يأتي بطعام إلىٰ قوم ويأتون بمثله وذلك له واسعا إذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم؛ فإن تعمد ذلك بغير إذن صاحبه فليتحلل صاحبه؛ فإن حلله فلا بأس به وإن أبىٰ فليكافئه بمثله إن كان شيئًا له مكافأة أي يعطيه بقدر ما يخصه أي فيما زاده من الطعام علىٰ غيره.

وقال الباجي: إن اجتمع مع رفقائه فجاءوا بطعام علىٰ ما يتخارجه الرفقاء في السفر فذلك واسع وإن كان بعضه أكثر من بعض ما لم يتعمد أن يتفضل عليهم بأمر مستنكر.

وإن كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم في يوم دون رفقائه فذلك جائز وكذلك إذا أخرج كل واحد منهم بقدر ما يتساوىٰ فيه ثم ينفقون منه في طعامهم وغيره مما مستهم الحاجة إليه وذلك، لأن انفراد كل إنسان بتولي طعامه يشق عليه ويشغله عما هو بسببه من أمر تجارته ابن عرفة وكذلك غير المسافرين قاله بعض من لقيت وهو واضح اهـ.

وسمع ابن القاسم لا بأس علىٰ عامل القراض في إعطاء السائل الكسرة وكذلك التمرات ابن رشد؛ لأنه من اليسير الذي لا يتشاح في مثله.

وكذا الوصي يعطي السائل من مال يتيمه وأصله قوله تعالىٰ: ﴿أَوْ مَا مَلَكْتُم مَّفَاتِحَهُ﴾ [النور: 61] الآية[1].

وقال الشافعية: لا يتصدق العامل من مال القراض ولو بكسرة، لأن العقد لم يتناوله[2].

وقال الحنابلة في المذهب: لا يهب المضارب من مال المضاربة إلا بإذن رب المال. ونقل حنبل عن الإمام أحمد أن له أن يتبرع ببعض الثمن لمصلحة.

ولا يجوز له أن يقرض من مال المضاربة وظاهرة ولو برهن.

ولا يجوز له أن يحابي في بيع أو شراء لمنافاته مقصود الشركة وهو طلب الربح.

ولا يأخذ بمال المضاربة سفتجة بأن يدفع المضارب من مال المضاربة إلىٰ إنسان ويأخذ منه أي المدفوع إليه كتابا إلىٰ وكيل ببلد آخر يستوفي منه ما أخذه منه موكله أو يعطيها أي السفتجة بأن يشتري المضارب عرضا للمضاربة ويعطي بثمنه كتابا إلىٰ وكيله أي المشتري ببلد آخر ليستوفي البائع منه أي: الثمن، لأن فيه خطرًا لم يؤذن فيه[3].

وقال ابن القطان الفاسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا يهب المقارض شيئًا من مال القراض ولا يعطي منه سائلًا، ولا يكافئ أحدًا.

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 314)، «شرح مختصر خليل» (6/ 226)، و«تحبير المختصر» (4/ 243)، و«مواهب الجليل» (7/ 63، 64)، و«التاج والإكليل» (4/ 438، 439).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 755)، و«مغني المحتاج» (3/ 354).

(3) «المغني» (5/ 15)، و«المبدع» (5/ 9)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 554).

فإن خالط غيره في أكل وجعل حصته ولم يتفضل عليهم فلا بأس به، فإن فعل من ذلك شيئًا يحلل رب المال؛ فإن لم يحلله فليكافئه بمثل ذلك فيما له مكافأة هذا كله مما لا خلاف فيه[1].

11- التوكيل بالبيع والشراء في مال المضاربة:

اختلف الفقهاء في المضارب هل له أن يوكل غيره في أن يبيع ويشتري من مال المضاربة أم لا يجوز؟

فذهب المالكية والحنابلة في المذهب إلىٰ أنه لا يجوز للمضارب التوكيل بالبيع والشراء فيما يتولىٰ مثله من العمل بنفسه كالوكيل، أما فيما لا يتولىٰ مثله بنفسه أو يعجزه فيجوز.

وجاء في «المدونة» في المقارض يوكل من يتقاضىٰ له دين القراض فيتلف:

قلت: أرأيت مقارضًا وكل وكيلا يتقاضىٰ له دينا من مال القراض فتقاضاه فتلف منه، أيجوز هذا؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا، إلا أن مالكا قال: إذا قارض المقارض بغير إذن رب المال، ضمن. فهذا أراه ضامنا إن تلف المال في يد الوكيل، إلا أنه لو استودع من غير خوف ضمن[2].

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في قول إلىٰ أنه يجوز للمضارب التوكيل بالبيع والشراء وذلك لعموم تصرفه وكثرته وطول مدته غالبا وهذه قرائن تدل علىٰ الإذن في التوكيل في البيع والشراء[3].

---

(1) «الإقناع في مسائل الإجماع» (3/ 1681، 1682) رقم (3302).

(2) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 105، 106).

(3) «تحفة الفقهاء» (3/ 9)، و«الاختيار» (3/ 24)، و«الهداية شرح البداية» (3/ 210)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 445)، و«نهاية المطلب» (5/ 478)، و«المغني» (5/ 15)، و«الشرح الكبير» (5/ 122)، و«المبدع» (5/ 10)، و«الإنصاف» (5/ 415، 418)، و«كشاف القناع» (3/ 587).

12- إيداع مال المضاربة:

اختلف الفقهاء في المضارب هل له أن يودع مال المضاربة أم لا يجوز له؟

ذهب الحنفية والحنابلة في المذهب إلىٰ أنه يجوز للمضارب أن يودع مال المضاربة بغير إذن رب المال إذا كان لحاجة؛ لأنه عادة التجار وقد تدعو الحاجة إلىٰ الإيداع؛ لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلىٰ الحمال. ولأن للمضارب أن يدفع مال المضاربة لمن يحفظه بأجر، فلأن يدفعه لمن يحفظه بلا أجر -وهو المودَع- أولىٰ.

وعن الإمام أحمد رواية: لا يجوز؛ لأنه ليس من المضاربة وفيه غرر[1].

وقال المالكية: لا يجوز للمقارض أن يودع مال المضاربة إلا لعذر كنزوله في محل خوف بغير إذن رب المال؛ فإن أودع لغير عذر وتلف المال فإنه يضمن وسواء كان المال واسعا أم لا؟ ويصدق في دعوىٰ العذر وإن كان لغير عذر ضمن.

قال اللخمي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وقال ابن القاسم في المقارض: ليس له أن يودع القراض، ولا أن يرسله مع غيره[2].

وجاء في «المدونة الكبرى»: في المقارض يستودع غيره من مال القراض.

قلت: أرأيت المقارض، إذا أذنت له أن يبيع بالنقد وبالنسيئة، أيكون له أن يستودع غيره؟ قال: لا، إلا علىٰ خوف، مثل ما يجوز لصاحب الوديعة الذي يستودعها. قلت: وهذا قول مالك؟ قال: قال مالك في الوديعة إن استودعها

---

(1) «الجوهرة النيرة» (3/ 432)، و«الهداية» (3/ 9)، و«العناية» (8/ 289)، و«مختصر الوقاية» (2/ 182)، و«درر الحكام» (2/ 196)، و«المغني» (5/ 14)، و«المحرر» (1/ 351)، و«الفروع» (4/ 290)، و«الإنصاف» (5/ 417)، و«كشاف القناع» (3/ 587)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 553)، و«مطالب أولىٰ النهي» (2/ 507).

(2) «التبصرة» (11/ 5267).

غيره: إنه ضامن، إلا من عذر، من خراب منزل أو إرادة سفر، أو لا يكون منزله حريزا، أو لا يكون عنده من يثق به، فيستودعه فلا ضمان عليه، فمسألتك مثله.

قلت: أرأيت العامل، أله أن يستودع مال القراض؟ قال: لا يكون له ذلك، إلا على وجه خوف، أو إنما فعله نظرا لخوف، تخوفه بمنزلة الوديعة تكون عند الرجل ومنزله معور. قال مالك في مثل هذا: إذا استودعه غيره من خوف دخل عليه. قال مالك: فلا ضمان عليه إن استودعه، إذا كان بهذا الحال، فالقراض عندي بمنزلة الوديعة[1].

ولم أقف للشافعية على قول في هذه المسألة.

13- الاستئجار على المضاربة:

نص فقهاء المذاهب الأربعة على أن للمضارب أن يستأجر من مال المضاربة إذا كان المال كثيرا لا يستطيع القيام بجميعه أو كانت العادة أن لا يتولى هذه الأعمال بنفسه؛ فإن استأجر ولا حاجة للاستئجار ضمن.

قال الحنفية: يجوز للمضارب أن يستأجر من يعمل في المال؛ لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضًا، لأن الإنسان قد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه فيحتاج إلى الأجير.

وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها؛ لأنه لا يقدر على حفظ المال إلا به وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل، لأن الحمل من مكان إلى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه[2].

---

(1) «المدونة الكبرى» (12/ 104)، و«التبصرة» (11/ 5267)، و«الجامع لمسائل المدونة» (15/ 634، 701).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 88)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 446)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189)، و«اللباب» (1/ 541).

وقال المالكية: وعلىٰ العامل ما جرت العادة به، كالنشر والطي للثياب الخفيفين لا الكثيرين مما لم تجر العادة به. وعليه الأجر من ماله إن استأجر علىٰ ذلك، لا علىٰ رب المال ولا من الربح ومثل ما ذكر النقل الخفيف.

وأما ما جرت العادة أن لا يتولاه وتولاه وهو من مصلحة المال فله أجره إن ادعىٰ أنه عمله ليرجع بأجره وخالفه رب المال بيمين؛ لأنها دعوىٰ بشيء معروف فتتوجه عليه اليمين حيث كانت دعوىٰ رب المال أن العامل نص علىٰ أنه علىٰ وجه المعروف، وأما إن كان لسكوته فلا يحلف.

وله أيضًا أن يستأجر من المال إذا كان كثيرا لا يقوىٰ عليه من يكفيه بعض مؤنته من الأعمال أعمال لا يعملها العامل وليس مثله يعملها[1].

وقال الشافعية: علىٰ العامل فعل كل ما يعتاد فعله من عمل القراض بحسب العرف مما جرت العادة أن يتولاه بنفسه كطي الثوب ونشره وذرع الثوب وإدراجه في الصندوق ووزن الخفيف كذهب وفضة ومسك لاقتضاء العرف ذلك لا الأمتعة الثقيلة فليس عليه وزنها ولا نحوه كحملها ونقلها من الخان مثلا للسوق وعكسه والنداء عليه لجريان العرف بالاستئجار لذلك.

وما لا يلزمه كأجرة كيل وحفظ له الاستئجار عليه من مال القراض؛ لأنه من تتمة التجارة ومصالحها ولو فعله بنفسه لم يستحق أجرة.

وما يلزمه فعله لو اكترىٰ عليه مَنْ فَعلَه فالأجرةُ في ماله لا في مال القراض فلو شرط علىٰ المالك الاستئجار عليه من مال القراض حكىٰ ففيه وجهين والظاهر منهما عدم الصحة[2].

---

(1) «الشرح الكبير» (5/ 288)، و«تحبير المختصر» (4/ 511)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 209)، و«التاج والإكليل» (4/ 18)، و«حاشية الصاوي» (8/ 402).

(2) «مغني المحتاج» (3/ 344، 354)، و«النجم الوهاج» (5/ 287)، و«الديباج» (2/ 437).

وقال الحنابلة: على العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه وإحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه؛ لأنه مستحق للربح في مقابلته؛ فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة، لأن العمل عليه فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله إلى الخان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يعلمه، لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف.

فإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعا فلا أجر له وإن فعله ليأخذ عليه أجرا فلا شيء له أيضًا في المنصوص عن أحمد وفي وجه أن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك على روايتين وهذا مثله والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين؛ لأنه عمل في مال غيره عملا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئًا كالأجنبي [1].

14- خلط المضارب مال المضاربة بماله أو بغير ماله:

ذهب جمهور فقهاء المذاهب الأربعة على أن المضارب إذا خلط مال المضاربة بماله ولم يتميز أو بمال غيره ليعمل بهما ولم يأذن له رب المال فإنه يضمن، لأنه أمانة فهي كالوديعة.

فإن قال له: اعمل برأيك جاز له ذلك عند جمهور الفقهاء أيضًا وإليك تفصيل أقوالهم.

(1) «المغني» (5/ 32، 33)، و«كشاف القناع» (3/ 585)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 553).

قال الحنفية: لو خلط المضارب مال المضاربة بماله أو بمال غيره ليعمل بهما يضمن؛ لأنه يوجب في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز إلا بإذنه؛ فإن أذن له أو قال له اعمل فيه برأيك فله أن يخلطه بماله أو بمال غيره.

فإذا خلط المضارب مال المضاربة بماله وقد أذن له رب المال أو فوّض الأمر إليه فيقسم الربح الحاصل علىٰ مقدار رأسي المال أي أنه يأخذ ربح رأس ماله خاصة، لأنه ربح ماله، ويقسم مال المضاربة بينه وبين رب المال علىٰ الوجه الذي شرطاه.

مثلًا لو أعطىٰ رب المال خمسين دينارًا مضاربة لآخر بنصف الربح وخلط المضارب مال المضاربة المذكور بمائة دينار له وربح ثلاثين فتكون عشرون دينارا ربح رأس ماله وتكون للمضارب خاصة وتكون العشرة دنانير الباقية ربح مال المضاربة فيقتسمها مع رب المال مناصفة[1].

وقال المالكية: يجوز للعامل أن يخلط مال القراض بغيره وإن بماله إن كان المال المخلوط والمخلوط به مثليًا، لأن كثرة المال تحصل الربح الكثير.

وخلط مال القراض هو الصواب إن خاف العامل بتقديم أحد المالين في البيع والشراء رخصا للمال الآخر أي بأن خاف العامل بتقديم أحدهما في البيع رخصا في ثمن الثاني أو خاف بتقديم أحدهما في الشراء غلو الثمن في الثاني. ويكون ما اشترىٰ من السلع بينهما علىٰ القراض.

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 99، 100)، و«مجمع الضمانات» (2/ 660)، و«البحر الرائق» (7/ 264)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 309)، و«درر الحكام» (3/ 475).

وهل معنىٰ الصواب أنه يجب أو يندب قولان وينبني عليهما لو لم يخلط فحصل خسر فعلىٰ أنه يجب يضمن العامل الخسر إذا خاف ولم يخلط وعلىٰ أنه يندب لا يضمن.

وهذا إذا كان بغير شرط؛ فإن شرط عليه بأن دفع إليه ألف دينار علىٰ أن يضيف إليها مائة من ماله ويعمل بها ويكون الربح بينهما نصفين كان فاسدا ويرد فيه العامل إلىٰ أجرة مثله[1].

وقال الشافعية: لا يجوز للمقارض أن يخلط ماله بمال القراض وعليه تمييز كل واحد من المالين، فإن خلطهما، فعلىٰ ضربين:

أحدهما: أن يكون بإذن رب المال خلط ماله بمال المضاربة فيجوز ويصير شريكا ومضاربا، ومؤنة المال مقسطة علىٰ قدر المالين، ونفقة نفسه إن قيل: إنها لا تجب في مال القراض فهو مختص بها، وإن قيل: إنها تجب في مال القراض فهي مقسطة علىٰ قدر المالين بالحصص.

والضرب الثاني: أن يخلط المالين بغير إذن رب المال ماله ومال المضاربة فيبطل القراض؛ لأنه يصير كالعادل به عن حكمه فيلتزم نفقة نفسه لا تختلف، وتكون نفقة المالين بقدر الحصص، وربح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض، وللعامل أجرة مثل عمله فيه، ولا يوجب له أجرة كل العمل؛ لأن عمله قد توزع علىٰ ماله ومال القراض[2].

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 290)، و«البيان والتحصيل» (12/ 414، 415)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 210)، و«تحبير المختصر» (4/ 514)، و«التاج والإكليل» (4/ 420).

(2) «الحاوي الكبير» (7/ 320)، و«مغني المحتاج» (3/ 361).

وقال الحنابلة: ليس للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله؛ فإن فعل ولم يتميز ضمنه؛ لأنه أمانة فهو كالوديعة. فإن قال له اعمل برأيك جاز له ذلك؛ لأنه قد يرىٰ الخلط أصح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا أن يقول اعمل برأيك فيملكها[1].

15- المضارب يضارب بمال المضاربة:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة -إلا وجها ضعيفًا عند الحسنابلة - علىٰ أنه لا يجوز للمضارب أن يضارب غيره إلا أن يأذن له رب المال صريحًا باتفاقهم أو يقول له اعمل برأيك عند الحنفية والحنابلة، لأن الشيء لا يتضمن مثله، لأن المضاربة مثل المضاربة فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه كالوكيل لا يملك التوكيل إلا بقول الأصيل اعمل برأيك بخلاف الإبضاع والإيداع لأنهما دون المضاربة لا مثلها فيتضمنهما. ولأن هذا يوجب في المال حقا لغيره ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه[2].

---

(1) «المغني» (5/ 29، 30)، و«كشاف القناع» (3/ 586)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 555).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 65، 96)، و«العناية شرح الهداية» (12/ 139)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 447، 448)، و«تبيين الحقائق» (5/ 63، 64)، و«مجمع الأنهر» (3/ 447)، و«الشرح الكبير» (5/ 295)، و«شرح مختصر خليل» للخرشي (6/ 214)، و«تحبير المختصر» (4/ 519)، «روضة الطالبين» (3/ 753)، و«مغني المحتاج» (3/ 349)، و«نهاية المحتاج» (5/ 262)، و«النجم الوهاج» (5/ 270، 271)، و«الديباج» (2/ 433)، و«المغني» (5/ 29،28)، و«المحرر» (1/ 351)، «الفروع» (4/ 290)، و«الإنصاف» (5/ 417)، و«كشاف القناع» (3/ 586، 587)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 555)، و«مطالب أولىٰ النهي» (2/ 507).

إلا أنهم اختلفوا في الربح الحاصل في ذلك وفي الضمان هل يضمن بنفس الدفع أم لابد من التصرف أم لابد من برح المضارب الثاني؟

فقال أبو حنيفة في رواية الحسن عنه: لا يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتىٰ يربح؛ فإذا ربح ضمن المضارب الأول لرب المال؛ لأن العقد المجرد لا يوجب الضمان؛ ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف؛ لأنه إيداع وهو يملك ذلك، ولا بالتصرف؛ لأنه وكيل فيه، وهو له أن يوكل، وهذا؛ لأنه إنما يصير ضامنًا بالمخالفة وبهذه الأشياء لا يصير مخالفا، ألا ترىٰ أن له أن يفعل كل واحد منها علىٰ الانفراد فلا يكون ضامنًا به لكن إذا ربح أثبت الشركة فيه وإثبات الشركة في مال الغير سبب للضمان كما إذا خلطه بمال غيره.

وقال أبو يوسف ومحمد وأبو حنيفة في ظاهر الرواية عنه: إذا عمل به ضمن ربح، أو لم يربح، لأن الدفع إيداع حقيقة، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالتصرف.

وقال زفر وأبي يوسف في رواية عنه: يضمن بالدفع عمل، أو لم يعمل؛ لأنه ليس له أن يدفع المال علىٰ وجه المضاربة؛ لأن العقد لا يقتضي مثله علىٰ ما بيناه فيضمن الأول بالدفع والثاني بالأخذ؛ لأن كلا منهما متعد كالمودع إذا أعار الوديعة بغير إذن صاحبه.

ثم رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول رأس ماله؛ لأنه صار غاصبًا بالدفع إلىٰ غيره بغير إذنه، وإن شاء ضمن الثاني؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذن صاحبه وهذا ظاهر علىٰ أصلهما؛ لأنهما يوجبان الضمان علىٰ مودع المودع.

وأما عند أبي حنيفة فقد قيل: ينبغي أن لا يضمن الثاني كمودع المودع، لأن المودع الثاني يقبض لمنفعة الأول فلا يكون ضامنًا.

وقيل: يضمن الثاني عنده أيضًا، لأن المضارب الثاني قبضه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنًا.

فإن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول والثاني، والربح بينهما علىٰ ما شرطا؛ لأنه بأداء الضمان ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة إلىٰ الثاني، وإن ضمن الثاني يرجع بما ضمن علىٰ الأول؛ لأنه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان؛ فإذا لم يسلم له رجع عليه بالمخالفة إذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما؛ لأنه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندًا إلىٰ وقت التعدي فيتبين أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما علىٰ ما شرطا لصحة المضاربة ويطيب للثاني ما ربح؛ لأنه يستحقه بالعمل ولا خبث في عمله ولا يطيب للأول؛ لأنه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندًا فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق، هذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين.

وأما إذا كانت إحداهما فاسدة، أو كلاهما فلا ضمان علىٰ واحد منهما؛ لأنه إن كانت الثانية هي الفاسدة صار أجيرًا علىٰ ما بينا، وللأول أن يستأجر من يعمل في المال، وإن كانت هي الأولىٰ فكذلك؛ لأن فسادها يوجب فساد الثانية؛ لأن الأولىٰ لما فسدت صارت إجارة وصار الربح كله لرب المال، ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكا، وليس للأجير أن يشرك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا أجيرين، وكذا إذا كانتا

فاسدتين؛ فإذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما ولا يقال الأجير ليس له أن يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الأول أن يستأجر بعد ما فسدت الأولىٰ، وهو أجير فيها؛ لأنا نقول: الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له أن يستأجر في المضاربة الصحيحة كان له أن يستأجر في الفاسدة أيضًا[1].

وقال المالكية: لا يجوز لعامل القراض أن يدفع المال لعامل آخر قراضا بغير إذن رب المال؛ فإن حصل تلف أو خسر فالضمان من العامل الأول وإن حصل ربح فلا شيء للعامل الأول من الربح؛ وإنما الربح للعامل الثاني ورب المال. لأن القراض جعل لا يستحق إلا بتمام العمل والعامل الأول لم يعمل فلا ربح له.

ثم إن دخل العامل الأول مع الثاني علىٰ مثل ما دخل عليه الأول مع رب المال فظاهر وإن دخل معه علىٰ أكثر مما دخل عليه مع رب المال؛ فإن العامل الأول يغرم للعامل الثاني الزيادة والربح للعامل الثاني مع رب المال ولا شيء للعامل الأول من الربح، لأن القراض جعل لا يستحق إلا بتمام العمل والعامل الأول لم يعمل فلا ربح له.

كما لو جعل له الثلث في الربح، فقارض آخر بالنصف، فالربح بين ربه والعامل الثاني علىٰ الثلث والثلثين، وعلىٰ العامل الأول للثاني تمام النصف.

وإن دخل معه علىٰ أقل- كالربع في المثال- فالزائد لرب المال فالزائد لرب المال لا للعامل الأول؛ لأنه لا شيء له إذا لم يحصل ربحًا؛ فإن لم يحصل

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 65، 96)، و«العناية شرح الهداية» (12/ 139)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 447، 448)، و«تبيين الحقائق» (5/ 63، 64)، و«مجمع الأنهر» (3/ 447).

للعامل الثاني ربح فلا شيء له ولا يلزم للعامل الأول لذلك الثاني شيء أصلا كما هو القاعدة أن العامل لا شيء له إذا لم يحصل له ربح(١).

وقال الشافعية: لا يجوز للعامل أن يقارض آخر بغير إذن رب المال؛ فإن فعل فهو فاسد مطلقا سواء أقصد المشاركة في عمل وربح أم ربح فقط أم قصد الإنسلاخ؛ لأن المالك لم يأذن فيه ولم يأتمن علىٰ المال غيره، فإن تصرف العامل للثاني بغير إذن المالك فتصرفُ غاصبٍ فيضمن ما تصرف فيه، لأن الإذن صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل.

فإن اشترىٰ في الذمة للأول وسلم ما أخذه من مال القراض فيما اشتراه وربح وقلنا بالجديد المقرر في المذهب وهو أن الربح كله للغاصب فالربح هنا جميعه للعامل الأول في الأصح، لأن الثاني تصرف له بإذنه، فأشبه الوكيل، ولأن الشراء صحيح والتسليم فاسد فيضمن الثمن الذي سلمه ويسلم له الربح سواء أعلم بالحال أم لا. وعليه للثاني أجرته من زيادته من غير تمييز؛ لأنه لم يعمل مجانًا.

والقديم: أن الربح للمالك إذ لو جعلناه للغاصب لاتخذه الناس ذريعة إلىٰ الغصب.

قال الخطيب الشربيني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فالأصحُ عليه من خلافٍ مُنْتَشِرٍ أن الربح نصفه للمالك ونصفه بين العاملين سواء.

---

(١) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 295)، و«شرح مختصر خليل» للخرشي (6/ 214، 15)، و«تحبير المختصر» (4/ 519، 520)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (8/ 408).

وقيل: هو - أي الربح في المسألة المذكورة للثاني من العاملين واختاره السبكي؛ لأنه لم يتصرف بإذن المالك فأشبه الغاصب أما لو اشترىٰ في الذمة لنفسه فيقع لها.

وإن اشترىٰ هذا الثاني بعين مال القراض فباطل شراؤه علىٰ الجديد القائل ببطلان شراء الفضولي وأما القديم المقابل له فقائل بالوقف هذا كله إن بقي المال؛ فإن تلف في يد العامل الثاني وعلم بالحال فغاصب فقرار الضمان عليه وإن جهل فعلىٰ العامل الأول(1).

قال الحنابلة: ليس للمضارب دفع المال إلىٰ آخر مضاربة إلا إن أذن له رب المال وإلا فلا. فإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلىٰ مالكه ولا شيء له ولا عليه.

وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقيا وبرد بدله إن كان تالفًا أو تعذر رده؛ فإن طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علىٰ علم بالحال لم يرجع عليه بشيء؛ لأنه دفعه إليه علىٰ وجه الأمانة وإن علم بالحال رجع عليه؛ لأنه قبض مال غيره علىٰ سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجه علىٰ الأول وإن لم يعلم فهل يرجع علىٰ الأول علىٰ وجهين:

أحدهما: يرجع عليه؛ لأنه غره فأشبه ما لو غره بحرية أمة.

والثاني: لا يرجع، لأن التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه.

---

(1) «البيان» (7/ 204، 206)، و«روضة الطالبين» (3/ 753)، و«مغني المحتاج» (3/ 349)، و«نهاية المحتاج» (5/ 262)، و«النجم الوهاج» (5/ 270، 271)، و«الديباج» (2/ 433).

وإن ربح في المال فالربح لمالكه ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجر مثله علىٰ روايتين:

أحدهما: له ذلك؛ لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة.

والثانية: لا شيء له؛ لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضا كالغاصب. وفارق المضاربة؛ لأنه عمل ماله بإذنه وسواء اشترىٰ بعين المال أو في الذمة.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويحتمل أنه إذا اشترىٰ في الذمة يكون الربح له؛ لأنه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبه ما لو لم ينقد الثمن من مال رب المال قال أبو الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل أنه إن كان عالما بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به علىٰ المضارب الأول؛ لأنه غره واستعمله بعوض لم يحصل له فوجب أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه.

وقال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن اشترىٰ بعين المال فالشراء باطل وإن كان اشترىٰ في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب إلىٰ آخر علىٰ أن يكون لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو علىٰ ما اتفقوا عليه، لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع إليه أكثر منه والعاملان علىٰ ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا موافقا لأصول المذهب ولا لنص أحمد؛ فإن أحمد قال: لا يطيب الربح للمضارب،

ولأن المضارب الأول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد مهما والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربة ولأنه إذا لم يستحق له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير إذنه أولىٰ.

قال: وإن أذن رب المال في دفع مضاربة جاز ذلك نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا ويكون العامل الأول وكيلا لرب المال في ذلك؛ فإن دفعه إلىٰ آخر ولم يشرط لنفسه شيئًا من الربح كان صحيحا وإن شرط لنفسه شيئًا من الربح لم يصح؛ لأنه ليس من جهته مال ولا عمل والربح إنما يستحق بواحد منهما.

وإن قال: اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه؛ لأنه قد يرىٰ دفعه إلىٰ أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك، لأن قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه[1].

16- الإبضاع بمال المضاربة:

الإبضاع: مصدر أبضع، ومنه البضاعة، والبضاعة من معانيها القطعة من المال تبعث للتجارة، وأبضعه البضاعة أعطاه إيَّاها.

ويعرف الفقهاء الإبضاع: بأنه بعث المال مع من يتجر به تبرّعًا، والربح كله للعامل ورب المال، والأصل أن يكون الإبضاع تبرعًا من العامل، واعتبره المالكية إبضاع ولو كان بأجر.

(1) «المغني» (5/ 29،28)، و«المحرر» (1/ 351)، و«الفروع» (4/ 290)، و«الإنصاف» (5/ 417)، و«كشاف القناع» (3/ 586، 587)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 555)، و«مطالب أولىٰ النهي» (2/ 507).

اتفق الفقهاء علىٰ أن المضارب إذا أبضع المال بإذن رب المال جاز وإن نهاه عن إبضاعه فأبضعه فتلف ضمنه.

ثم اختلفوا فيما إذا لم يأذن له ولم ينهه عن الإبضاع وهي المضاربة المطلقة هل له أن يبضع بمال المضاربة بأن يرسله مع غيره ليتاجر فيه تبرعا وأن يكون الربح كله للعامل ورب المال أم لا يجوز؟

فذهب الحنفية والحنابلة في قول إلىٰ أنه يجوز للمضارب أن يبضع المال ولو لرب المال، لأن الإبضاع من عادة التجار؛ ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح، والإبضاع طريق إلىٰ ذلك ولأنه يملك الاستئجار علىٰ عمل التجارة بعوض فالإبضاع أولىٰ، لأن الاستئجار استعمال في المال بعوض، والإبضاع استعمالٌ فيه بغير عوض فكان أولىٰ. لأنه أقل ضررًا؛ فإذا ملك ما هو أكثر ضررًا ملك ما هو أقل؛ وإنما جاز الإبضاع لربِّ المال؛ لأنه لما جاز الاستعانة بالأجنبي فلأن يصح استعانته برب المال -وهو أشفق عليه- كان أولىٰ. لأن الإبضاع ما هو إلا استعانة[1].

وذهب المالكية والحنابلة في المذهب إلىٰ أنه لا يجوز للمضارب أن يبضع المال بغير إذن رب المال لما فيه من الغرر ولأنه لم يرض بغير يده فلو فعل ضمن، فإن فعل بإذن رب المال فلا بأس به إن لم يأخذ المال علىٰ ذلك كما نص علىٰ ذلك المالكية؛ لأنه لا يجوز عندهم أن يشترط رب المال علىٰ

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 87)، و«الاختيار» (3/ 24)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 445، 446)، و«اللباب» (1/ 541)، و«مختصر الوقاية» (2/ 189)، و«مجمع الأنهر» (4/ 65)، و«الدر المختار» (4/ 316)، و«الإنصاف» (5/ 417).

العامل الإبضاع؛ فإن اشترط عليه فسد القراض أما إن أذن له دون شرط صح وجاز له الإبضاع[1].

وأما الشافعية فلم أقف لهم على قول وإن كان ظاهر مذهبهم يدل على عدم الجواز إلا بإذن رب المال.

17- الزراعة والمساقاة بمال المضاربة:

ذهب جمهور أهل العلم الحنفية والمالكية والحنابلة في أحد القولين عندهم أنه يجوز للمضارب أن يستأجر أرضا ليزرعها أو يأخذ أرضا مزارعة أو مساقاة وينفق عليها من مال المضاربة.

وقال الحنفية: ولو دفع إليه ألف درهم مضاربة وأمر المضارب أن يعمل في ذلك برأيه أو لم يأمره فاستأجر المضارب ببعضه أرضا بيضاء واشترى ببعضه طعاما فزرعه في الأرض فهو جائز على المضاربة بمنزلة التجارة، لأن عمل الزراعة من صنع التجار يقصدون به تحصيل النماء وما كان من عمل التجار يملكه المضارب بمطلق العقد.

ولو استأجر أرضا بيضاء على أن يغرس فيها شجرا أو أرطابا فقال ذلك من المضاربة فهو جائز والوضيعة على رب المال والربح على ما اشترطا؛ لأنه من صنيع التجار يقصدون به استنماء المال ولو كان دفع إليه مضاربة بالنصف وقال

(1) «الشرح الكبير» (5/ 286)، «شرح مختصر خليل» (6/ 208)، و«تحبير المختصر» (4/ 510)، و«التاج والإكليل» (4/ 416)، و«منح الجليل» (7/ 333)، و«المغني» (5/ 14)، و«المحرر» (1/ 351)، و«الفروع» (4/ 290)، و«الإنصاف» (5/ 417)، و«كشاف القناع» (3/ 586، 587)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 555)، و«مطالب أولى النهي» (2/ 507).

له اعمل فيه برأيك فأخذ المضارب نخلا وشجرا وأرطابا معاملة علىٰ أن ما أخرج الله بعد من ذلك فنصفه لصاحب النخل ونصف المضارب علىٰ المضارب فعمل وأنفق مال المضاربة عليه؛ فإن ما خرج من ذلك بين صاحب النخل والمضارب نصفين ولا يكون لرب المال شيء من ذلك؛ لأنه إنما استحق النصف بعقد المعاملة وفي عقد المعاملة العامل يؤاجر نفسه وصاحب المال إنما فوض الأمر إلىٰ رأيه في المضاربة، لأن منافع يده فيما يستوجب بإقامته العمل بمنافعه تكون له خاصة والنفقة التي أنفقها من ماله خاصة وهو ضامن لما أنفق من ذلك من مال المضاربة؛ لأنه صرف إلىٰ حاجة نفسه علىٰ وجه لم يأذن له رب المال فيه ولو كان المضارب أخذ من رجل أرضا بيضاء علىٰ أن تزرعها طعاما فما خرج منها فنصفه لصاحب الأرض ونصفه علىٰ المضاربة فاشترىٰ طعاما ببعض المال فزرعه في الأرض ثم أنفق ما بقي من المضاربة عليه حتىٰ بلغ فهذا جائز؛ لأنه مستأجر الأرض بنصف الخارج منها ولو استأجرها بدراهم جازت المضاربة فكذلك إذا استأجرها بنصف الخارج منها ولو استأجرها بدراهم جاز علىٰ المضاربة لذلك وتصرفه هنا في المال؛ فإن استحقاقه للخارج باعتبار أنه بما بذره والبذر من مال المضاربة فلهذا كان نصف الخارج لصاحب الأرض ونصفه يباع يستوفي رب المال رأس ماله والباقي بينه وبين المضارب علىٰ الشرط وإن لم يكن قال له اعمل فيه برأيك فالمضارب ضامن للمضاربة؛ لأنه أشرك غيره في مال المضاربة وقد بينا أن بمطلق العقد لا يملك المضارب الإشراك وهو بمنزلة دفعه بعض المال مضاربة إلىٰ غيره وإذا صار مخالفا بتصرفه ضمن مال المضاربة وهو ملك المضمون به فما خرج من الزرع بين المضارب ورب المال نصفين علىٰ الشرط.

وقال الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة علىٰ أن ينفق من المال لم يجز علىٰ رب المال وإن كان قال له رب المال حين دفع إليه اعمل فيه برأيك، لأن الأخذ منه معاملة عقد علىٰ منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كما لو آجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الإنفاق، لأن ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في إجارة الخياط والصبغ في الصباغة.

وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا أن ذلك يفيد تفويض الرأي إليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد علىٰ منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلها رب المال.

ولو أخذ أرضا مزارعة علىٰ أن يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين فاشترىٰ طعاما ببعض فزرعه قال محمد هذا يجوز إن قال له اعمل برأيك وإن لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز؛ لأنه يوجب حقا لرب الأرض في مال رب المال فيصير كأنه شاركه بمال المضاربة وإنه لا يملك الإشراك بإطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك؛ فإذا قال: ملك كذا هذا.

وقال الحسن بن زياد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن الأرض والبذر والبقر إذا كان من قبل رب الأرض والعمل علىٰ المضارب لم يكن ذلك علىٰ المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا أنه عقد علىٰ منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك إذا شرط البقر علىٰ المضارب، لأن العقد وقع علىٰ منفعته؛ وإنما البقر آلة العمل والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد.

ولو دفع المضارب أيضًا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل؛ لأنه لم يوجب شركة في مال رب المال إنما آجر أرضه والإجارة داخلة تحت عقد المضاربة[1].

وقال المالكية: لا يجوز لرب المال أن يشترط يزرع من مال القراض؛ فإن فعل فسد، وللعامل أجرة مثله في ذمة رب المال سواء حصل ربح أم لا.

فلو زرع العامل من غير شرط في أرض اشتراها من مال القراض أو اكتراها جاز ذلك إذا كان بموضع أمن وعدل ولا يضمن وأما إن خاطر به في موضع ظلم وغرر يرىٰ أنه خطر فإنه ضامن ولو أخذ العامل نخلا مساقاة فأنفق عليها من مال القراض كان كالزرع ولم يكن متعديًا[2].

وقال الحنابلة: فقال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإن قال له اعمل برأيك هل له الزراعة يحتمل أن لا يملك ذلك، لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها، وقد روي عن أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيمن دفع إلىٰ رجل ألفًا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا أن قوله اتجر بما شئت دخلت فيه؛ لأنها من الوجوه التي يبتغىٰ بها النماء وعلىٰ هذا لو توىٰ المال كله في لم يلزمه ضمانه[3].

(1) «بدائع الصانع» (6/ 95)، و«المبسوط» (22/ 54، 72، 73)، و«الهداية» (4/ 4)، و«تبيين الحقائق» (5/ 207)، و«البحر الرائق» (6/ 264)، و«مجمع الضمانات» (2/ 655)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 334).

(2) «تهذيب المدونة» (2/ 184)، و«الشرح الكبير» (5/ 287)، و«تحبير المختصر» (4/ 510، 511، 518)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 207)، و«التاج والإكليل» (4/ 415، 416)، و«حاشية الصاوي» (8/ 403، 404)، و«منح الجليل» (7/ 332).

(3) «المغني» (5/ 26).

أما الشافعية فإنهم يقولون: إن وظيفة العامل التجارة وهي الاسترباح بالبيع والشراء وكذا توابعها مما جرت العادة أن يتولاه بنفسه كنشر الثياب وطيها وذرعها وغير ذلك.

وخرج بالتجارة استخراج العامل الربح باحتراف فلو قارضه ليشتري حنطة فيطحن ويخبز، أو غزلًا ينسجه ويبيعه فسد القراض في الصورتين، لأن القراض شرع رخصة للحاجة وهذه الأعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها فلم تشملها الرخصة والعامل فيها ليس متجرا بل محترفا فليست من وظيفة العامل[1] فعلىٰ هذا والله أعلم أنهم لا يجيزون الزراعة بمال المضاربة.

ثم وجدت قول العمراني في «البيان» والنووي في «الروضة» يقولان: ولو قارضه علىٰ أن يشتري نخيلًا أو دواب أو أرضًا أو مستغلات يكون أصلها موقوفًا، بأن يمسك رقابها لثمارها ونتاجها وغلتها، وتكون الفوائد بينهما، فهو فاسد ولم يصح القراض؛ لأن عقد القراض موضوع علىٰ أن يتصرف العامل في رقبة المال، وهذا قد شرط منعه من ذلك، فلم يصح. ولأنه ليس ربحا بالتجارة بل من عين المال[2].

(1) «مغني المحتاج» (3/ 343، 344)، و«نهاية المحتاج» (5/ 254، 255)، و«النجم الوهاج» (5/ 262، 263)، و«الديباج» (2/ 428، 429)، و«كفاية الأخيار» (341)، و«حاشية البيجوري علىٰ شرح ابن قاسم» (2/ 44).

(2) «البيان» (7/ 200)، و«روضة الطالبين» (3/ 742)، وجاء في «الروضة» (3/ 758): وقال النووي في «الروضة» قال: فصل فيما يقع في مال القراض من زيادة أو نقص.

أما الزيادة: فثمرة الشجرة المشتراة للقراض ونتاج الدابة وكسب الرقيق وولد الجارية ومهرها إذا وطئت بشبهة وبدل منافع الدواب والأرض وسواء وجب باستعمالها عدوانا أو بإجارة صدرت من العامل فإن له الإجارة فإذا رأىٰ فيها المصلحة أطلق الإمام والغزالي أن هذه كلها مال قراض؛ لأنها من فوائده وقال المتولي إن كان في المال ربح وملكنا العامل حصته بالظهور فالجواب كذلك فإن لم يكن ربح أو لم نملكه فمن الأصحاب من قال مال قراض وقال جمهورهم يفوز بها المالك لأنها ليست من فوائد التجارة ويشبه أن يكون هذا أولىٰ فإن جعلناها مال قراض فالأصح أنها من الربح وقيل هي شائبة في الربح ورأس المال.

فَصْلٌ فيما يجوز لرب المال فعله وما لا يجوز

1- شراء رب المال من مال المضاربة:

اختلف الفقهاء في رب المال هل يجوز له أن يشتري من مال المضاربة أم لا يجوز؟

فذهب الحنفية خلافا لزفر وأحمد في رواية إلىٰ أنه يجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وإن لم يكن في المضاربة ربح، لأن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي حتىٰ لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما[1].

وذهب الشافعية والحنابلة في المذهب وزفر من الحنفية إلىٰ أنه لا يجوز لرب المال أن يشتري من المال الذي في يد العامل للقراض لنفسه، لأن المال له، فلا يجوز أن يشتري منه؛ لأنه بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذ المالان جميعا لرب المال وهذا لا يجوز كما لا يجوز أن يشتري الوكيل من وكيله.

وإن اشترىٰ منه من غير مال المضاربة جاز.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 101).

وقال الحنابلة: وليس للمضارب أن يشتري من مال المضاربة لنفسه من المضاربة إذا ظهر ربح؛ لأنه يصير شريكًا فيه؛ فإن لم يظهر ربح فالصحيح عند الحنابلة أنه يصح شراؤه من رب المال أو بإذنه، كالوكيل.

وعند زفر لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب منه لانعدام الربح، لأن الربح يحصل إذا بيع من الأجنبي إذ البيع تمليك مال بمال غيره وهو يشتري ماله بماله ويرابح من يريد المرابحة بلا بيان أي من غير بيان أنه اشتراه سليمًا بكذا من الثمن فتعيب عنده أما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له للحديث الصحيح من غش فليس منا[1].

وقال المالكية: يجوز لرب المال أن يشتري من العامل سلعة من مال القراض إذا كان صحيحًا من غير شرط ذلك عند العقد وسواء اشتراه بنقد أو بأجل ما لم يتوصل بذلك إلىٰ أخذ شيء من الربح قبل المفاصلة بأن يشتري منه كما يشتري من الناس بغير محاباة.

ولا يجوز لعامل القراض أن يشتري من رب المال سلعا للتجارة سواء كان ذلك قبل العمل أو بعده كان ما يشتريه قليلًا أو كثيرًا وعللوا المنع؛ لأنه يؤدي إلىٰ قراض بعروض، لأن رأس المال رجع إلىٰ ربه وكأنه دفع المال عروضًا.

والمشهور في هذا الكراهة لئلا يتحيل علىٰ القراض بعرض لرجوع رأس المال لربه.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 101)، و«الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (1/ 347)، و«مجمع الأنهر» (3/ 111)، و«روضة الطالبين» (3/ 750)، و«البيان» (7/ 207)، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي (4/ 392)، و«مغني المحتاج» (3/ 352)، و«نهاية المحتاج» (5/ 266)، و«النجم الوهاج» (5/ 275)، و«الديباج» (2/ 435)، و«المبدع» (5/ 26، 27)، و«الإنصاف» (5/ 438، 439) و«كشاف القناع» (3/ 604)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 574).

وأما شراء العامل سلعة لنفسه لا لتجارة المضاربة فإنه جائز[1].

2- بيع رب المال سلعة من مال القراض:

اختلف الفقهاء في رب المال هل يجوز له أن يبيع سلعة من سلع المضاربة أم لا يجوز إلا بإذن المضارب؟ فأجازه الحنفية بشروط ومنعه المالكية.

قال الحنفية: إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز بيعه وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يجيزه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه، لأن جواز بيع رب المال من طريق الإعانة للمضارب وليس من الإعانة إدخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو كثر وعلىٰ هذا لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما بإذن رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يجيزه المضارب الآخر، لأن أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل بإذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غبن فلا يملك الأمر به.

وإذا اشترىٰ المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبىٰ المضارب وأراد إمساكه حتىٰ يجد ربحًا؛ فإن المضارب يجبر علىٰ بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلىٰ رب المال، لأن منع المالك عن تنفيذ إرادته في ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه ولكن يقال له إن أردت الإمساك فرد عليه ماله وإن كان فيه ربح يقال له ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليك[2].

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 294، 298)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 213، 216)، و«التاج والإكليل» (4/ 423، 426)، و«تحبير المختصر» (4/ 518، 521).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 100)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 51).

قال المالكية: لا يجوز لرب المال أن يبيع سلعة من سلع القراض بغير إذن العامل وإذا منع في سلعة فأحرىٰ في الجميع، لأن العامل هو الذي يحرك المال وينميه وله حق فيما يرجوه من الربح؛ فإذا أذن العامل لرب المال في البيع فقد رضي بإسقاط حقه وإذا باع دون إذن فللعامل الرد والإجازة[1].

3- تعدد رب المال (مضاربة المضارب آخر غير رب المال الأول):

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة علىٰ أنه يجوز للمضارب أن يضارب لأكثر من واحد؛ فإذا أخذ من إنسان مال للمضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرىٰ من آخر جاز سواء أذن له الأول أو لم يأذن إذا لم يكن عليه ضرر.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بغير خلاف[2].

وإن كان فيه ضرر علىٰ رب المال الأول ولم يأذن له، مثل أن يكون المال الثاني كثيرًا يحتاج إلىٰ أن يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الأول ويكون المال الأول كثيرًا متىٰ اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته، لم يجز له ذلك عند المالكية والحنابلة.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وقال أكثر الفقهاء يجوز؛ لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك.

ولنا: إن المضاربة علىٰ الحظ والنماء فإذ فعل ما تمنعه لم يكن له كما لو أراد التصرف بالعين وفارق ما لا ضرر فيه.

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 298، 299)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 216)، و«التاج والإكليل» (4/ 427)، و«تحبير المختصر» (4/ 522).

(2) «المغني» (5/ 30).

فعلىٰ هذا إذا فعل وربح رد الربح في شركة الأول ويقتسمانه[1] فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع إلىٰ رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلىٰ ربح المضاربة الأولىٰ ويقاسمه رب المضاربة الأولىٰ؛ لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول فكان بينهما كربح المال الأول فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع إليه، لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولأنّا لو رددنا ربح الثاني كلّه في الشركة الأولىٰ لاختص الضرر برب المال الثاني فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثاني الثلث ولأنّه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها؛ فإن كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله.

وإن حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب المال إليه بمقتضىٰ العقد وموجب الشرط والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الأولىٰ من رب الثانية شيئًا؛ لأنه إنما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل وتعدي المضارب إنما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الأول وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو آجر نفسه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ولو أوجب عوضا لأوجب شيئًا مقدرا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني.

وإن أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه أو اتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه[2].

---

(1) قال ابن تيمية: لا يرد كعمله في ماله أو إيجار نفسه، «الفروع» (4/ 291).

(2) «المغني» (5/ 30، 31)، وينظر: «شرح الزركشي» (2/ 146)، و«المبدع» (5/ 26)، و«الإنصاف» (5/ 437)، و«كشاف القناع» (3/ 603، 604) «روضة الطالبين» (3/ 747)، ولم أقف علىٰ مصدر من مصادر الحنفية ينص علىٰ هذا.

وقال المالكية: لا يجوز للمقارض أن يأخذ قراضًا ثانيًا من غير رب المال، وعدم الجواز إن كان الثاني يشغله عن العمل في القراض الأول، لأن رب المال استحق منفعة العامل؛ فإن لم يشغله عن العمل فيه جاز له أن يأخذ قراضًا ثانيًا وثالثًا ومفهوم من غيره جوازه منه وإن كان الثاني يشغله عن الأول.

وقال الحطاب: وقال في «المدونة» في كتاب القراض: وللعامل أن يأخذ مالًا قراضًا من رجل آخر إن لم يكن الأول كثيرًا يشغله الثاني عنه فلا يأخذ حينئذ من غيره شيئًا؛ فإن أخذهما وهو يحتمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني انتهىٰ.

فإن كان الثاني يشغله عن الأول وأخذه فقال اللخمي في تبصرته في باب القراض وللعامل أن يخلط القراض بماله إذا كان قادرا علىٰ التجر بهما وإن كان لا يقدر علىٰ التجر بأكثر من مال القراض لم يكن ذلك له؛ فإن فعل وتجر في الثاني وعطل الأول لم يكن عليه في الأول سوىٰ رأس المال علىٰ المشهور من المذهب وعلىٰ القول الآخر يكون عليه قدر ما حرمه من الربح وكذلك إذا تجر في الأول ثم اشتغل بالثاني عن بيع الأول حتىٰ نزل سوقه فيختلف هل يضمن العامل ما حط السوق؛ لأنه حرمه ذلك وإن فسد لأجل شغله عنه ضمن وكذلك إذا أخذ قراضا بعد قراض فلا يمنع من الثاني إذا كان يقدر علىٰ التجر فيهما؛ فإن كان لا يقدر إلا علىٰ التجر في أحدهما منع من التجر في الثاني؛ فإن فعل ضمن ما كان في الأول من ضيعة أو نزول أسواق أو فساد نحو ما تقدم وإذا اشتغل بالأول وعطل الثاني ضمن قدر ما حرمه من ربحه علىٰ أحد القولين وإن ضاع ضمنه؛ لأنه متعد في أخذه.

وهذا إذا لم يعلمه أن في يديه قراضا لغيره أو أعلمه ولم يعلمه أنه عاجز عن القيام بالمالين انتهىٰ. ونقله ابن عرفة واقتصر عليه ونصه اللخمي: له خلطه بماله إن قدر علىٰ التجر بهما وإن عجز عن التجر بالزائد عليه منع من خلطه؛ فإن تجر في الثاني وعطل الأول فلا شيء عليه علىٰ المشهور وعلىٰ القول الآخر يغرم قدر ما حرمه من الربح إن تجر بالأول واشتغل بالثاني عن بيع الأول حتىٰ نزل سوقه أو فسد ففي ضمانه نقصه أوكله إن فسد القولان.

وأخذه قراضا بعد قراض جائز إن قدر علىٰ التجر بهما وإلا منع من التجر بالثاني؛ فإن فعل ففي ضمانه لترك الأول ونزول سوقه أو فساده ما تقدم وإن اشتغل بالأول ضمن ذلك في الثاني إن لم يعلم هذا الثاني أن بيده قراضا لغيره أو أعلمه ولم يعلم عجزه عن القيام بالمالين انتهىٰ(1).

4- تعدد العامل في المضاربة (دفع مال إلى رجلين قراضًا):

لا خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة علىٰ جواز أن يدفع رب المال ماله مضاربة لأكثر من واحد إلا أنهم اختلفوا فيما لهما من الربح هل يشترط أن يكون بحسب عملهما أم يجوز أن يكون متفاضلًا مع تساوي العمل ومتساويا مع تفاضل العمل؟

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلىٰ جواز أن يتساوا في العمل ويتفاضلا في الربح وأن تفاضلا في العمل ويتساوا في الربح.

---

(1) «مواهب الجليل» (7/ 350، 351)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 298)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 216)، و«تحبير المختصر» (4/ 522)، و«منح الجليل» (7/ 355).

قال الحنفية: إذا دفع رجل إلىٰ رجلين ألف درهم مضاربة علىٰ أن ما رزق الله تعالىٰ في ذلك من شيء فلأحدهما بعينه نصف الربح وللآخر سدس الربح ولرب المال ثلث الربح فهو جائز علىٰ ما اشترطا، لأن رب المال شرط علىٰ كل واحد من المضاربين جزءا معلوما من الربح وفاوت بينهما في الشرط لتفاوتهما في الهداية في التجارة المربحة وذلك صحيح.

ولو دفع رجلان إلىٰ رجلين ألف درهم مضاربة علىٰ أن لأحد المضاربين بعينه من الربح الثلث وللآخر السدس وما بقي من صاحبي المال لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فعملا وربحا فنصف الربح للمضاربين علىٰ ما اشترطا ثلثاه لأحدهما وللآخر ثلثه، لأن الاستحقاق لهما بالشرط وهكذا شرط لهما والنصف الآخر بين صاحبي المال نصفين، لأن استحقاقهما باعتبار رأس المال وقد تفاوتا في ذلك فاشتراط الفضل لأحدهما فيما بقي من غير أن يكون له في نصيب صاحبه مال أو عمل يكون شرطا فاسدا.

ولو دفع إلىٰ رجلين ألف درهم مضاربة علىٰ أن لأحدهما ثلث الربح وللآخر مائة درهم فثلث الربح للمضارب الذي شرط له ثلث الربح وما بقي من الربح فهو لرب المال وعليه أجر المثل للمضارب الآخر فيما عمل؛ لأن المضاربة فيما بينه وبينه فاسدة باشتراطه له مقدارا مسمىٰ من المال، وهذا المفسد غير ممكن فيما هو من صلب العقد بينه وبين الذي شرط له ثلث الربح فاستحق هو ثلث الربح بالشرط لصحة العقد بينهما؛ فإن لم يعملا به حتىٰ أبضع أحدهما المال مع صاحبه فعمل به أيهما كان فكذلك الجواب؛ لأنا قد بينا أن عمل أحدهما بإذن صاحبه كعملهما إذا كان العقد صحيحًا في حقهما أو فاسدًا، فكذلك إذا كان صحيحًا في حق أحدهما فاسدًا في حق الآخر.

والمضارب الذي شرط له مائة درهم أجر مثله في العمل بنصف المال سواء كان هو العامل أو صاحبه؛ لأن عمله في النصف لصاحبه وعمل صاحبه في النصف له فيكون كعمله بنفسه.

وقالوا: ولو دفع إلىٰ رجلين مالا مضاربة وأمرهما بأن يعملا في ذلك برأيهما فليس لواحد منهما أن يشتري ويبيع إلا بأمر صاحبه؛ لأنه رضي وفوض الأمر في العمل إلىٰ رأيهما، ورأي الواحد لا يكون كرأي المثنىٰ.

فباعتبار هذه الزيادة لا ينفذ تصرف أحدهما وحده، وفي الوكيلين الجواب كذلك.

ولو دفع إلىٰ رجلين ألف درهم مضاربة فعملا بها وربحا ربحا فادعىٰ أحدهما إنه شرط لهما نصف الربح وادعىٰ الآخر أنه شرط لهما الثلث وادعي رب المال أنه شرط لهما مائة درهم من الربح فالقول قول رب المال، لأن المضارب يستحق الربح علىٰ رب المال بالشرط فهما يدعيان عليه استحقاق جزء من الربح ورب المال ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه؛ فإن أقاما شاهدين فشهد أحدهما بنصف الربح والآخر بثلث الربح ففي قياس قول أبي حنيفة لا تقبل هذه الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به لفظا ويكون للمضاربين أجر مثلهما فيما عملا، لأن رب المال أقر لهما بذلك فيأخذان ذلك منه من الوجه الذي يدعيانه وعندهما الشهادة جائزة للمضارب الذي ادعىٰ نصف الربح ويكون له من الربح سدسه؛ لأنه مدع للأكثر فلا يكون مكذبا أحد شاهديه ولكن الشهادة تقبل له في مقدار ما اتفق الشاهدان عليه معنىٰ وهو

سدس الربح وللآخر أجر مثله؛ لأنه صار مكذبًا أحد شاهديه وهو الذي شهد له بأكثر مما ادعاه؛ فإذا بطلت شهادتهما له كان له أجر مثله كما أقر به رب المال[1].

قال الشافعية: يجوز أن يقارض المالك الواحد اثنين كزيد وعمرو متفاضلا ومتساويا فيما شرط لهما من الربح، ثم إذا قارض الواحد اثنين وشرط لهما نصف الربح بالسوية جاز ولو شرط لأحدهما نصف الربح وللآخر ربعه؛ فإن أبهم لم يجز وإن عين الثلث لهذا والربع لهذا جاز، لأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين.

ويجوز أن يقارض الاثنان عاملًا واحدًا؛ لأن ذلك كعقد واحد، ثم إن تساويا فيما شرط فذاك، وإن تفاوتا كأن شرط أحدهما النصف والآخر الربع؛ فإن أبهما لم يجز، أو عينا جاز إن علم بقدر ما لكل منهما، ويكون الربح بعد نصيب العامل بين المالكين بحسب المال، فإن كان مال أحدهما ألفين، والآخر ألفا، وشرط للعامل نصف الربح اقتسما نصفه الآخر بينهما أثلاثًا علىٰ نسبة ماليهما؛ فإن شرط غير ما تقتضيه النسبة فسد العقد لما فيه من شرط الربح لمن ليس بمالك ولا عامل[2].

وقال الحنابلة: يجوز أن يدفع الرجل مالا مضاربة إلىٰ رجلين ويجوز أن يتساويا في الربح مع تفاوت عملهما وأن يتفاضلا في الربح مع تساوي عملهما

(1) «المبسوط» (22/ 31، 46، 186)، وابن عابدين (8/ 327)، و«الهندية» (4/ 296، 297).

(2) «روضة الطالبين» (3/ 746، 747)، و«مغني المحتاج» (3/ 349، 350)، و«نهاية المحتاج» (5/ 263)، و«النجم الوهاج» (5/ 272، 273)، و«الديباج» (2/ 433، 434).

كما في الشركة، لأن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما وذلك، لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوىٰ علىٰ العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله.

وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفا ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد علىٰ النصف جاز؛ لأنه مضارب لصاحبه في ألف ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف وأن شرطا له دون نصف الربح لم يجز، لأن الربح يستحق بمال وعمل وهذا الجزء الزائد علىٰ النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه وإن جعلا الربح بينهما نصفين فليس هذا شركة ولا مضاربة، لأن شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيبا من الربح في مقابلة عمله ولم يجعلا له ههنا في مقابلة عمله شيئًا وغنما جعلا الربح علىٰ قدر المالين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك إبضاعا وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضا عن قرض؛ فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجز؛ لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضا عن قرضه وذلك غير جائز.

وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفا ويعملان جميعا فيه؛ فإن للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه؛ لأنه مضارب محض فأشبه ما لو يعمل معه رب المال.

فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما علىٰ ما اصطلحا عليه في جميع أنواع الشركة سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة علىٰ ما شرحنا.

وإذا دفع رجل إلىٰ رجلين مالا قراضا علىٰ النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف وقال رب المال رأس المال ألفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه؛ فإذا حلف إن رأس المال ألف والربح ألفان فنصيبه منهما خمسمائة يبقىٰ ألفان وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين، لأن الآخر يصدقه ويبقىٰ خمسمائة ربحا بين المال والعامل الآخر يقتسمانها أثلاثا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، لأن نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح علىٰ ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد علىٰ قدره نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من الربح قال ابن قدامة، وهذا قول الشافعي[1].

وذهب المالكية إلىٰ أنه يجوز أن يتعدد العامل في القراض بأن أخذ اثنان أو أكثر مالا قراضًا من واحد وجعل لهما مثلا نصف الربح فالربح الذي لهما يفض عليهما ويقسم علىٰ حسب عملهما إذا تفاوتا في العمل بالقلة والكثرة ولا يقسم بينهما بالسوية فلا يجوز أن يتحدا في الربح ويختلفا في العمل كشركة الأبدان، لأن أحدهما يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء، كما لو أخذ اثنان مالا واحدا وجعل لواحد نصف الربح وللآخر ثلثه؛ فإن كل واحد يكون عليه من العمل قدر ما جعل له من الربح ولا يكون العمل عليهما سوية[2].

---

(1) «المغني» (5/ 19، 45، 46)، و«كشاف القناع» (3/ 614).

(2) «مواهب الجليل» (7/ 351)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 300)، و«التاج والإكليل» (44/ 428، 429)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 218)، و«تحبير المختصر» (4/ 524)، و«حاشية الصاوي» (8/ 419).

5- دفع مالين من المالك لعامل واحد:

نص المالكية والحنابلة علىٰ أنه يجوز للمالك أن يدفع مالين معًا لعامل واحد يعمل في كل مال علىٰ حدته سواء كان في وقت واحد أو في وقتين.

قال المالكية: يجوز للمالك أن يدفع مالين معا لعامل واحد يعمل في كل مال علىٰ حدته وسواء كانا متفقين كمائة من الذهب ومثلها من الذهب أو مختلفين كمائة من الذهب ومائة من الفضة وسواء كان الجزء فيهما متفقا كالنصف من ربح كل منهما أو مختلفا كالنصف من ربح هذه والثلث من ربح الأخرىٰ وسواء كان الربح فيهما لهما أو ربح إحداهما لأحدهما بعينه وربح الأخرىٰ لهما معا أو ربح هذه لرب المال وربح الأخرىٰ للعامل كل ذلك جائز إن شرطا خلط المالين عند الدفع أي عند العقد فيهما، لأن ذلك يرجع إلىٰ جزء واحد معلوم فلا تهمة حينئذ؛ فإن لم يشترطا الخلط لم يجز في المختلف الجزء ويجوز في المتفق الجزء إذ لا تهمة في أن يعمل في أحد المالين أكثر من الآخر بخلاف المختلفين في الجزء فإنه يتهم أن يعمل في أكثر الجزأين دون الآخر عملًا كثيرًا.

وكذلك يجوز لمريد القراض أن يدفع مالين متعاقبين في عقدين أي واحدا بعد واحد لعامل واحد لكن دفع الثاني قبل شغل المال الأول ليعمل في كل مال علىٰ حدته وسواء اتفق رأس المال أو اختلف وسواء اتفق الجزء أو اختلف كأن يكون له في هذا نصف الربح وفي الآخر ثلثه علىٰ ما مر ومحل الجواز في المالين معا أو متعاقبين اتفقا في الجزء أو اختلفا إن شرطا خلط المالين عند دفع الثاني قبل شغل الأول؛ لأنه يرجع حينئذ إلىٰ جزء واحد معلوم ولا تهمة.

فإن لم يشترطا الخلط لم يجز في المختلف الجزء ويجوز في المتفق كما مر.

فلو كان دفع المال الثاني بعد شغل المال الأول ولم ينض فإنه يجوز بشرط عدم الخلط ولو مع اختلاف الجزأين؛ لأنه حينئذ إذا خسر في أحدهما ليس عليه أن يجبره بربح الآخر أما إن شرطا الخلط بعد شغل الأول فإنه لا يجوز وسواء اتفق الجزآن أو اختلفا وعللوا عدم الجواز بأنه قد يخسر في الثاني فيلزمه أن يجبره بربح الأول.

وكذلك يجوز لرب المال أن يدفع إليه مالا ثانيا ليعمل فيه مع الأول بعد نضوض الأول- أي صيرورة المال دراهم ودنانير، وذلك ببيع السلع وقبض ثمنها دراهم ودنانير- بشرطين:

أولهما: أن يكون الأول قد نض من غير ربح فيه ولا خسارة، كما لو اشترىٰ بمائة وباع أيضًا بمائة. فإن نض بربح أو خسارة فلا يجوز؛ لأنه إن نض بربح قد يضيع علىٰ العامل ربحه، وإن نض بخسارة قد يجبر القراض الثاني خسارة الأول.

والثاني: أن يتفق جزؤهما بأن يكون الربح للعامل في المال الثاني كالربح في المال الأول، كالثلث من ربح كل منهما.

فإن اختلف جزء الربح المشروط للعامل في الثاني عما كان مشروطا له في الأول فلا يجوز، وهذان الشرطان ذكرهما خليل.

إلا أن الدردير والدسوقي قالا: الحق أنه إذا نض الأول بمساو جاز الدفع مطلقا سواء اتفق جزؤهما (أي الربح) أو اختلف إن شرطا الخلط، وإلا منع مطلقا اتفق جزؤهما أو اختلف[1].

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 294، 295)، و«شرح مختصر خليل» للخرشي (6/ 12، 13)، و«تحبير المختصر» (4/ 517، 518)، و«التاج والإكليل» (4/ 422، 423).

وقال الحنابلة: وإن دفع رب المال إلىٰ المضارب ألفين في وقتين بأن دفع إليه ألفا مضاربة ثم دفع إليه ألفا أخرىٰ لم يخلطهما بغير إذن رب المال؛ لأنه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين فلا تجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك.

فإن أذن رب المال للمضارب في الخلط قبل تصرف المضارب في المال الأول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعهما إليه مرة واحدة أو أذنه في الخلط بعد التصرف وقد نض الأول جاز وصار المال كله مضاربة واحدة كما لو دفعه إليه دفعة واحدة.

وإن أذن له في الخلط بعد تصرفه في الأول ولم ينضه فلا يجوز الخلط، لأن حكم العقد الأول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر؛ فإذا شرط ذلك في الثاني فسد.

وإن لم يأذن له في ضم الثاني إلىٰ الأول لم يجز له ذلك؛ لأنه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك[1].

أما الحنفية والشافعية فلم أقف علىٰ قول لهم في هذه المسالة.

6- المرابحة بين رب المال والعامل:

قال الحنفية: تجوز المرابحة بين رب المال والمضارب وهو أن يشتري رب المال من مضاربه فيبيعه مرابحة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مرابحة لكن يبيعه علىٰ أقل الثمنين إلا إذا بين الأمر علىٰ وجهه فيبيعه كيف شاء؛ وإنما كان كذلك، لأن جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال

(1) «المغني» (5/ 36)، و«الكافي» (2/ 278)، و«المبدع» (5/ 30)، و«كشاف القناع» (3/ 604)، و«مطالب أولي النهىٰ» (3/ 531).

ثبت معدولًا به عن القياس لما ذكرنا أن رب المال اشترىٰ مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال إذ المالان ماله والقياس يأبىٰ ذلك إلا أنا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعا في حقهما لا في حق غيرهما بل جعل في حق غيرهما ملحقا بالعدم.

ولأن المرابحة بيع يجريه البائع من غير بينة واستحلاف فتجب صيانته عن الجناية وعن شبه الجناية ما أمكن، وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما لجواز أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضي به المضارب، لأن الجود بمال الغير أمر سهل؛ فكأن تهمة الجناية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة، فلا يبيع مرابحة إلا علىٰ أقل الثمنين؛ إلا إذا بين المر علىٰ وجهه فيبيعه كيف شاء، لأن المانع هو التهمة وقد زالت[1].

يد المضارب يد أمانة:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة علىٰ أن العامل أمين علىٰ ما في يده من مال المضاربة وإن لم يكن أمينًا في الواقع؛ فإن تلف المال في يده من غير تعدي ولا تفريط لم يضمن؛ لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع ولأنه قبضه بإذن المالك؛ فإذا تصرف فيه فهو وكيل فيه، لأنه تصرف في مال الغير بأمره[2].

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 102).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 87)، و«الاختيار» (3/ 23)، و«الشرح الكبير» (5/ 310)، و«تحبير المختصر» (4/ 532)، و«جامع الأمهات» لابن الحاجب ص(427)، و«التاج والإكليل» (4/ 435)، و«حاشية الصاوي» (8/ 428)، و«القوانين الفقهية» (280)، و«المهذب» (1/ 388)، و«البيان» (7/ 219)، و«المغني» (5/ 44)، و«الكافي» (2/ 282)، و«المبدع» (5/ 35)، و«الإنصاف» (5/ 445)، و«كشاف القناع» (3/ 612)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 585)، و«مطالب أولىٰ النهي» (3/ 538).

اشتراط ضمان المال على المضارب:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة علىٰ أنه لا يصح اشتراط ضمان المال علىٰ المضارب إن تلف بغير تفريط من العامل.

واختلفوا فيما إذا وقع الشرط هل تبطل المضاربة أم تصح مع فساد الشرط؟

فذهب الحنفية والحنابلة في المذهب إلىٰ أن العقد صحيح والشرط باطل قياسًا بالشرط الفاسد في البيع علىٰ رواية أن البيع جائز والشرط باطل اعتمادا علىٰ حديث بريرة. ولأنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة ويفارق شرط الدراهم؛ لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة.

وذهب المالكية والشافعية وأحمد في رواية إلىٰ أن العقد باطل؛ لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل درهم. ولأن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض نفسه ولأنه ليس من سنة القراض؛ فإن عمل فيه كان فيه قراض المثل عند المالكية وأجرة المثل عند الشافعية سواء حصل في المال ربح أو لم يحصل.

وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف عند المالكية[1].

(1) «بدائع الصانع» (6/ 87)، و«الاختيار» (3/ 23)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 65)، و«بداية المجتهد» (2/ 179)، و«المدونة الكبرىٰ» (12/ 109)، و«الكافي» ص(385)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 284)، و«تحبير المختصر» (4/ 508)، و«التاج والإكليل» (4/ 412)، و«البيان» (7/ 231)، و«روضة الطالبين» (3/ 747)، و«مغني المحتاج» (3/ 350)، و«نهاية المحتاج» (5/ 264)، و«النجم الوهاج» (5/ 273)، و«الديباج» (2/ 434) و«المغني» (5/ 40)، و«الإنصاف» (5/ 424)، و«مطالب أولي النهي» (3/ 521)، و«الإفصاح» (1/ 450).

الحيلة في تضمين المضارب:

الحيلة في المضاربة: قلنا الأصل أن المضارب أمين فلا يضمن ما تلف تحت يده من مال المضاربة ما لم يتعد أو يقصر، ولو شرط رب المال علىٰ المضارب ضمان مال المضاربة لم يصح.

وقد ذكر الحنفية وابن القيم أكثر من حيلة لتضمينه:

الحيلة الأولى: أن يقرضه المال في ذمته ثم يقبضه المضارب منه؛ فإذا قبضه دفعه إلىٰ مالكه الأول مضاربة ثم يدفعه رب المال إلىٰ المضارب بضاعة؛ فإن توىٰ فهو من ضمان المضارب؛ لأنه قد صار مضمونًا عليه بالقرض فتسليمه إلىٰ رب المال مضاربة كتسليم مال له آخر[1].

والحيلة الثانية: أن يقرض رب المال المضارب ما يريد دفعه إليه، ثم يخرج من عنده درهما واحدا ويسلمه إليه ويشهد علىٰ ذلك، فيكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض فيشاركه شركة عنان علىٰ أن يعملا بالمالين جميعا علىٰ أن ما رزقه الله تعالىٰ فهو بينهما نصفين، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال؛ فإن عمل بالمال بإذن صاحبه فربح كان الربح بينهما علىٰ ما شرطاه، وإن خسر كان الخسران علىٰ قدر المالين، وعلىٰ رب المال بقدر الدرهم، وعلىٰ المضارب بقدر رأس المال ويكون القرض علىٰ حاله، وذلك لأن المضارب هو الملزم نفسه الضمان بدخوله في القرض[2].

(1) «بدائع الصانع» (6/ 87)، و«أعلام الموقعين عن رب العالمين» (3/ 203).

(2) «بدائع الصانع» (6/ 87)، و«حاشية ابن عابدين» (4/ 483)، وتكملته (12/ 370/ 371)، و«أعلام الموقعين عن رب العالمين» (3/ 203).

وهذه الحيلة تصح عند الحنفية والحنابلة كما تقدم؛ لأنه لا يشترط عندهم أن يكون الربح علىٰ قدر المالين فيجوز أن يتفاضل المالان مع تساوي الربح وأن يتفاضل الربح مع تساوي المالان بخلاف المالكية والشافعية فإنهم يشترطون أن يكون الربح والوضيعة علىٰ قدر المالين لا علىٰ ما يشترطان.

متى يستحق المضارب الربح:

اختلف الفقهاء في المضارب هل يملك حصته من الربح بالظهور أم بالقسمة؟

فذهب الشافعية في مقابل الأظهر والحنابلة في المذهب أن العامل يملك حصته من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة، لأن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزءًا من الربح؛ فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقي حصته من الثمرة لظهورها وقياسا علىٰ كل شرط صحيح في عقد، ولأن هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقًا ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رأس المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولأنه لو اختص -أي رب المال- بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه. ولأن العامل إنما يملك فسخ القراض بالمطالبة بحقه من الربح ومن ملك مطالبة شريكه بقسمة ما بينهما دل علىٰ أنه يملك حصته بالظهور كالمال بين الشريكين.

لكن نص الحنابلة أن المضارب لا يملك الأخذ من الربح إلا بإذن رب المال؛ لأن نصيبه مشاعٌ، فلا يقاسم نفسه، ولأن ملكه له غير مستقر، وإن شرط أن لا يملكه إلا بالقسمة، لم يصح الشرط؛ لمنافاته مقتضىٰ العقد.

وقال الشافعية على هذا القول: لا يصح تصرف العامل فيه؛ لأنه غير مستقر، لأن الربح وقاية لرأس المال. فلو اتفق خسران، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن.

ولو اقتسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد، لم يحصل الاستقرار، بل لو حصل خسران بعده، كان علىٰ العامل جبره بما أخذ.

وذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في رواية إلىٰ أنه لا يملكه إلا بالقسمة؛ لأن العامل لو ملك شيئًا من المال قبل القسمة لوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان حتىٰ لو تلف شيء من المال لكان محسوبا من المالين فلما كان التالف محسوبًا من الربح دل علىٰ أنه لا يملك شيئًا من المال. ولأن الربح وقاية لرأس المال.

ولأنه لو كان رأس المال ألفين، فاشترىٰ به عبدين، قيمه كل واحد ألفان، فأعتق العامل أحدهما، لم يعتق، لأنه لا يملك فيهما شيئًا، والعلة فيه أن المقاسمة لم تحصل، فلم يلتفت إلىٰ الربح في هذه الحالة.

ولأنه لو اشترىٰ بالمال عبدين كل واحد يساويه فأعتقهما رب المال عتقا ولم يضمن للعامل شيئًا.

قال الشافعية: وعلىٰ هذا القول أن له فيه حق مؤكد حتىٰ يورث عنه، لأنه وإن لم يملك فقد ثبت له حق التملك، ويقدم علىٰ الغرماء؛ لتعلق حقه بالعين.

وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح، ويسعىٰ في التنضيض؛ ليأخذ منه حقه، ولو أتلف المالك المال، غرم حصة العامل، وكان الإتلاف كالاسترداد[1].

وقال الحنفية: إنما يستحق المضارب الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتىٰ لو دفع إلىٰ رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفًا فاقتسما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الألف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح؛ فإن القسمة الأولىٰ لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرده إلىٰ رب المال حتىٰ يستوفي رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتىٰ يستوفي رب المال رأس المال والأصل في اعتبار هذا الشرط ما روي مرفوعًا أنه قال: «مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتىٰ يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتىٰ تسلم له عزائمه»[2] فدل الحديث علىٰ أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح، ولأن الربح زيادة والزيادة علىٰ الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل، ولأن المال إذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو

---

(1) ينظر: «التنبيه» للشيرازي (120)، و«البيان» (7/ 214)، و«روضة الطالبين» (3/ 756، 757)، و«مغني المحتاج» (3/ 354، 355)، و«نهاية المحتاج» (5/ 269)، و«النجم الوهاج» (5/ 278)، و«الديباج» (2/ 437)، و«بدائع الصانع» (6/ 107، 108)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 176) رقم (1024)، و«المغني» (5/ 33)، و«شرح الزركشي» (2/ 147)، و«المبدع» (5/ 31)، و«الإنصاف» (5/ 445)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 580، 581)، و«مطالب أولىٰ النهي» (3/ 529).

(2) ذكره الكاساني في «بدائع الصانع» (6/ 107)، ولم أعثر علىٰ من رواه من العلماء في كتب الحديث.

صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الأصل فهذا لا يجوز وإذا لم تصح القسمة؛ فإذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو رأس المال فوجب علىٰ المضارب أن يرد منه تمام رأس المال؛ فإن قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولا ثم اقتسما الربح ثم رد الألف التي قبضها بعينها إلىٰ يد المضارب علىٰ أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة؛ فإن هلكت في يده لم تنتقض القسمة الأولىٰ، لأن رب المال لما استوفي رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة؛ فإذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره.

ولو كان الربح في المضاربة الأولىٰ ألفين واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفا والمضارب ألفا ثم هلك ما في يد المضارب؛ فإن القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الألف الذي قبض؛ لأنه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله وإذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما علىٰ الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك إن كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه؛ لأنه تبين أنه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضمونًا عليه.

ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء، لأن ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء(1).

(1) «بدائع الصانع» (6/ 107، 108)، و«المبسوط» (22/ 105)، و«تبيين الحقائق» (5/ 68)، و«العناية» (12/ 167).

هل يجوز لرب المال أو المضارب أن يأخذ من مال المضاربة أثناء العقد:

نص الحنابلة علىٰ أن رب المال والمضارب لو اتفقا علىٰ قسمة الربح أو علىٰ قسم بعضه أو اتفقا علىٰ أن يأخذ كل واحد منهما كل يوم قدرا معلوما جاز؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبىٰ الآخر قدم قول الممتنع؛ لأنه إن كان رب المال فلأنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح وإن كان العامل فإنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وإن تراضيا علىٰ ذلك جاز، لأن الحق لهما وسواء اتفقا علىٰ قسمة جميعه أو بعضه أو علىٰ أن يأخذ كل واحد منهما شيئًا معلوما ينفقه ثم متىٰ ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه أو نصف خسران المال إذا اقتسما الربح نصفين، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تجوز القسمة حتىٰ يستوفي رب المال ماله قال ابن المنذر إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون يرد العامل الربح حتىٰ يستوفي رب المال ماله.

ولنا: علىٰ جواز القسمة أن المال لهما فجاز لهما أن يقتسما بعضه كالشريكين أو نقول إنهما شريكان فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي العنان[1].

وقد نص الشافعية أيضًا علىٰ الجواز إلا أنه قد بينوا وفصلوا فقالوا: لو استرد المالك بعض مال القراض قبل ظهور ربح وخسران فيه رجع رأس

(1) «المغني» (5/ 37)، و«الكافي» (2/ 279)، و«كشاف القناع» (3/ 609).

المال إلىٰ ذلك الباقي بعد المسترد؛ لأنه لم يترك في يده غيره فصار كما لو اقتصر في الابتداء علىٰ إعطائه له، فلو كان مئة فاسترد عشرة، صار رأس المال تسعين؛ لأنه لم يبق في يده غيره.

وإن استرد المالك بغير رضا العامل بعد ظهور الربح فالمسترد منه شائع ربحا ورأس مال؛ لعدم التمييز، وذلك علىٰ النسبة الحاصلة من جملة الربح ورأس المال لا يلحقه حكم الباقي لاستقرار ملك العامل علىٰ ما يخصه من الربح بحسب الشرط فلا يسقط بما يحصل من الخسران بعده.

أما إذا كان الاسترداد برضا العامل؛ فإن قصد هو والمالك الأخذ من الأصل اختص به أو من الربح فكذلك لكن يملك العامل مما بيده مقدار ذلك علىٰ الإشاعة وإن أطلقا حمل علىٰ الإشاعة وحينئذ الأشبه كما قال ابن الرفعة أن تكون حصة العامل قرضا نقله عنه الإسنوي وأقره ثم قال وإذا كان الاسترداد بغير رضاه لا ينفذ تصرفه في نصيبه وإن لم يملكه بالظهور.

مثاله: رأس المال مائة من الدراهم والربح عشرون منها واسترد المالك من ذلك عشرين فالربح في هذا المثال سدس جميع المال وحينئذ فيكون المسترد وهو العشرون سدسه وهو ثلاثة دراهم وثلث يحسب من الربح فيستقر للعامل المشروط منه وهو درهم وثلثان إن شرط له نصف الربح وباقيه أي: المسترد وهو ستة عشر وثلثان من رأس المال فيعود رأس المال إلىٰ ثلاثة وثمانين وثلث فلو عاد ما في يده إلىٰ ثمانين لم يسقط ما استقر له بل يأخذ منها درهما وثلثي درهم ويرد الباقي وهو ثمانية وسبعون درهما وثلث درهم.

وإن استرد المالك بعضه بعد ظهور الخسران فالخسران موزع علىٰ المسترد والباقي بعده وحينئذ فلا يلزم جبر حصة المسترد وهو عشرون لو ربح

المال بعد ذلك؛ لأنه لو رد الجميع بعد الخسران لم يلزمه شيء، ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران.

مثاله: المال - أي رأس المال - مائة والخسران الحاصل فيه عشرون ثم استرد المالك عشرين فربع العشرين التي هي جميع الخسران حصة المسترد منها خمسة فكأنه استرد خمسة وعشرين ويعود بعد ذلك رأس المال الباقي بعد المسترد وبعد حصته من الخسران إلىٰ خمسة وسبعين، لأن الخسران إذا وزعناه علىٰ الثمانين خص كل عشرين خمسة والعشرون المستردة حصتها خمسة فيبقىٰ ما ذكره فلو ربح بعد ذلك شيئًا قسم بينهما ربحا علىٰ حسب ما شرطاه[1].

زكاة مال المضاربة:

اختلف الفقهاء فيمن يخرج زكاة مال المضاربة ومتىٰ يخرج علىٰ أقوال وتفصيل في كل مذهب وهو علىٰ التفصيل الآتي.

قال الحنفية: يزكي المضارب نصيبه من الربح إذا حال الحول وعنده نصاب؛ فإن اشترىٰ جارية قيمتها ألفان ورأس المال ألف زكىٰ خمسمائة إذا حال الحول ويزكي رب المال ألفان وخمسمائة ولو اشترىٰ بألف جاريتين قيمة كل واحدة ألف زكىٰ ربع المال إذا حال الحول ألفا وخمس ولم يكن علىٰ المضارب زكاة[2].

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 761، 764)، و«البيان» (7/ 197)، و«مغني المحتاج» (3/ 357، 360)، و«نهاية المحتاج» (5/ 272، 276)، و«النجم الوهاج» (5/ 280، 283)، و«الديباج» (2/ 439، 441).

(2) «مختصر اختلاف العلماء» (1/ 437).

قال المالكية: القراض إما أن يكون حاضرًا في بلد ربِّ المال أو غائبًا عنه.

1- القراض الحاضر ببلد رب المال حقيقة أو حكمًا (كأن كان المال في غير بلد ربه لكن يعلم ربه بحاله): فيزكيه ربه زكاة إدارة واختلفوا متىٰ يزكيه علىٰ ثلاثة أقوال:

الأول: ما رجحه خليل والدردير وقيل هو ظاهر المذهب أنه يزكيه كل عام من غير مال القراض لئلا ينقص علىٰ العامل والربح يجبره وهو ضرر علىٰ العامل إلا أن يرضىٰ بذلك بشرط أن يديره العامل سواء كان ربُّه مديرًا أو محتكرًا.

والثاني: وهو المعتمد لا يزكيه إلا بعد المفاصلة ويزكي حينئذ للسنين الماضية كلها كالغائب.

والثالث: أنه لا يزكىٰ إلا بعد المفاصلة ولكن لسنة واحدة كالدين.

2- القراض الغائب عن بلد ربه ولا يعلم حاله: فلا يزكيه ربه ولو غاب عنه سنين حتىٰ يحضر، إلا أن يأمر العامل أن يزكيه في حال غيابه في كل عام ويحسب الزكاة علىٰ ربه من رأس المال؛ فإذا لم يزكه العامل في هذه السنين زكاه ربه بعد حضوره عن جميع سني الغياب مبتدئًا بسنة الحضور أولًا، فيحسب ما عليه من زكاة في هذه السنة الأخيرة ثم يخرج بمقدارها عن كل من السنين السابقة بعد تنزيل ما يؤخذ من المال زكاةً، هذا إذا كان القراض في كل من السنين السابقة مساويًا للسنة الأخيرة أو زائدًا عليها، أما إن كان أقلَّ زكاه بقدره بعد تنزيل ما أخذ زكاة.

ومثال ذلك: كمن عنده واحد وعشرون دينارًا فغاب بها العامل خمس سنوات، ثم وجدها بعد الحضور كما هي فعند ذلك يبدأ بالعام الأول والذي بعده ولا يزكي الثالث؛ لأنه قد نقص عن النصاب.

أما إن كان ربُّ القراض أو العامل أو هما معًا محتكران فيزكيه ربه بعد قبضه بعام واحد ولو قام عند العامل أعوامًا.

وأما الماشية فحكمها أن تعجل زكاتها حضرت أو غابت، وسواء احتكرها العامل أو أدارها، ومثل الماشية الحرث وتحسب الزكاة علىٰ رب المال فلا تجبر بالربح كالخسارة.

وأما العامل فيزكي حصته من الربح- ولو كانت أقل من النصاب- لسنة واحدة بعد قبضها، ولو أقام القراض بيده سنين، وسوء كان العامل وربُّ القراض مديرين أو محتكرين أو مختلفين، وذلك بشروط خمسة وهي:

1- إن قام القراض بيده حولًا فأكثر من يوم بَدأ الاتجار به، أما إن كان بقاؤه أقل من ذلك فلا زكاة عليه.

2- وكان العامل ورب المال حُرَّين.

3- وأن يكونا مسلمين.

4- وأن يكونا بلا دين عليهما.

5- وأن يكون رأس المال مع الربح نصاب فأكثر، أو كان رأس المال مع الربح أقل من نصاب ولكن عند ربه ما يكمله؛ لأن زكاته تابعة لزكاة رب المال.

فإن كان رأس المال عشرة دنانير ودفعها ربها للعامل علىٰ أن يكون لربها جزء من مائة جزء من الربح فربح المال مائة، فإن ربه لا يزكي؛ لأن مجموع

رأس المال وحصته من الربح أحد عشر، وكذلك العامل لا يزكي بل يستقبل بما خصه وهو تسعة وتسعون حولًا من وقت قبضه(1).

وقال الشافعية: إذا دفع إلىٰ رجل ألف درهم قراضا علىٰ أن الربح بينهما نصفان فحال الحول وقد صارت ألفين بنيت علىٰ أن المضارب متىٰ يملك الربح وفيه قولان كما تقدم:

أحدهما: يملكه بالمقاسمة وهو الأظهر في المذهب فعلىٰ هذا تكون زكاة الجميع علىٰ رب المال؛ فإن أخرجها من عين المال فمن أين تحسب فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحسب من الربح؛ لأنها من مؤن المال فتحتسب من الربح؛ كأجرة النقال، والوزان، والكيال.

والثاني: تحتسب من رأس المال، لأن الزكاة دين عليه في الذمة في أحد القولين؛ فإذا قضاه من المال حسب من رأس المال كسائر الديون.

والثالث: أنها تحسب من رأس المال والربح جميعًا، لأن الزكاة تجب في رأس المال والربح فحسب المخرج منهما. مثاله: رأس المال مائتان والربح مائة فثلثا المخرج من رأس المال وثلثه من الربح.

والثاني وهو مقابل الأظهر وهو أنه يملك الربح بالظهور فعلىٰ هذا يجب علىٰ رب المال زكاة ألف وخمسمائة وإخراجها علىٰ ما ذكرناه بلا خلاف ولا

(1) «الجامع» لابن يونس (1/ 105)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (2/ 76، 79)، و«الذخيرة» (3/ 28)، و«شرح مختصر خليل» (2/ 199، 201)، و«حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير» (2/ 172، 175)، و«البهجة في شرح التحفة» (1/ 578).

يلزمه زكاة حصة العامل بلا خلاف. ثم إن أراد إخراج الزكاة من مال القراض من أين يحسب فيه الأوجه الثلاثة. هذا حكم المالك.

أما العامل علىٰ هذا القول فهل يلزمه زكاة نصيبه من الربح فيه ثلاث طرق: أصحها: تجب علىٰ العامل زكاة خمسمائة؛ لأنه مالك قادر علىٰ الفسخ والمقاسمة في كل وقت، والتصرف بعد القسمة في نصيبه، فلزمه الزكاة. غير أنه لا يلزمه إخراجها؛ لأنه لا يدري هل يسلم له أم لا فلم يلزمه إخراج زكاته كالمال الغائب؛ فإن أخرج زكاته من غير المال جاز وإن أراد إخراجه من المال ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك وللمالك منعه، لأن الربح وقاية لرأس المال فلعله يخسر فلا يخرج منه الزكاة

والثاني: أن له ذلك بغير إذن المالك لأنهما دخلا علىٰ حكم الإسلام ووجوب الزكاة.

وبهذا كله إذا كان المالك والعامل من أهل وجوب الزكاة جميعا، فأما إذا كان المالك من أهلها دون العامل وقلنا: الجميع للمالك ما لم يقسم فعليه زكاة الجميع. وإن قلنا بالقول الآخر فعليه زكاة رأس المال ونصيبه من الربح، ولا يكمل نصيبه إذا لم يبلغ نصابًا بنصيب العامل، لأنه ليس من أهل الزكاة فلا تصح خلطته.

وأما إذا كان العامل من أهل وجوب الزكاة دون المالك؛ فإن قلنا: كله للمالك قبل القسمة فلا زكاة، وإن قلنا: للعامل حصته من الربح ففي وجوب الزكاة عليه الخلاف السابق، فإن أوجبناها فذلك إذا بلغت حصته نصابًا أو كان له ما يتم به نصاب ولا تثبت الخلطة.

وليس له إخراج الزكاة من غير المال بلا خلاف، لأن المالك لم يدخل في العقد علىٰ إخراج زكاة من المال.

والطريق الثاني: أنه علىٰ قول المغصوب والمجحود؛ لأنه غير متمكن في الحال من كمال التصرف.

والثالث: القطع بعدم الزكاة عليه لضعف ملكه وعدم استقراره لاحتمال الخسران فأشبه المكاتب.

قال النووي رَحِمَهُ اللَّهُ: فحصل أن المذهب الإيجاب علىٰ العامل، وفي ابتداء حوله في نصيبه خمسة أوجه أصحها: المنصوص من حين الظهور؛ لأنه ملك من حينئذ.

الثاني: من حين يقوم المال علىٰ المالك لأجل الزكاة؛ لأنه لا يتحقق الربح إلا بذلك.

والثالث: من حين المقاسمة، لأنه لا يستقر ملكه إلا من حينئذ، وهذا غلط وإن كان مشهورًا، لأن حاصله أن العامل لا زكاة في نصيبه؛ لأنه بعد المقاسمة ليس بعامل بل مالك ملكًا مستقرًا كامل التصرف فيه، والتفريع علىٰ أنه يملك بالظهور. فالقول بأنه لا يكون حوله إلا من المقاسمة رجوع إلىٰ أنه لا زكاة عليه قبل القسمة.

والوجه الرابع: حوله حول رأس المال، وهذا أيضًا غلط صريح؛ لأنه حينئذ لم يكن مالكًا، فكيف يبني ملكه وحوله علىٰ حول غيره ولا خلاف أن حول الإنسان لا يبنىٰ علىٰ حول غيره إلا الوارث علىٰ قول ضعيف، لكونه قائما مقام المورث.

الخامس: أنه من حين اشترىٰ العامل السلعة، وهو غلط.

قال النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قال أصحابنا: ثم إذا تم حول العامل ونصيبه لا يبلغ نصابا لكنه مع جملة المال يبلغ نصابًا؛ فإن أثبتنا الخلطة في النقدين فعليه الزكاة وإلا فلا، إلا أن يكون له من جنسه ما يكمل به النصاب، وهذا إذا لم نقل ابتداء الحول من المقاسمة، فإن جعلناه منها سقط اعتبار الخلطة.

قال أصحابنا: وإذا أوجبنا الزكاة على العامل لم يلزمه إخراجها قبل القسمة. وهذا هو المذهب وبه قطع المصنف وسائر العراقيين والجمهور؛ فإذا اقتسمنا زكى ما مضى، وفيه وجه أنه يلزمه الإخراج في الحال لتمكنه من القسمة،... والصواب الأول، لأن المال ليس في يده ولا تصرفه فلا يكون أكبر من المال الغائب الذي تجرى سلامته ويخاف تلفه[1].

وقال الحنابلة: لا زكاة في حصة مضارب من ربح قبل قسمة ولو قلنا أنها يملك حصته بالظهور لعدم استقراره؛ لأنه وقاية لرأس المال فملكه ناقص ويزكى رب المال حصته من الربح نصا كالأصل تبعا له لملكه الربح بظهوره وتبعيته لماله، ولا يجب على رب المال زكاة حصة المضارب من الربح؛ لأنه غير مالكٍ لها فلو دفع حر مسلم إلى رجل ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نفين فحال الحول وقد ربح المال ألفين فعلى رب المال زكاة ألفين رأس المال وحصته من الربح وإذا أداها أي زكاة مال المضاربة ربه من غير مال المضاربة فرأس المال باق؛ لأنه لم يطرأ عليه ما ينقصه وأن أدى زكاته منه تحسب زكاته من أصل المال ومن قدر حصته أي رب المال من الربح فينقص ربع عشر رأس المال مع ربع عشر حصة رب المال من الربح ولا تحسب كلها من رأس المال

(1) «المجموع» (6/ 60)، و«المهذب» (1/ 161).

وحده ولا من الربح وحده. فيكون خمسة وعشرون، فيصير رأس المال تسعمائة وخمسة وسبعين.

وليس لعامل إخراج زكاة تلزم رب المال بلا إذنه نصا فيضمنها؛ لأنه ليس وليًّا له ولا وكيلًا عنه فيها.

ويصح شرط كل منهما أي من رب المال والعامل زكاة حصته من الربح علىٰ الآخر؛ لأنه بمنزلة شرطه لنفسه نصف الربح وثمن عشرة مثلا.

ولا يصح شرط زكاة رأس المال أو زكاة بعضه من الربح؛ لأنه قد يحط بالربح كشرط دراهم معلومة[1].

حكم القراض هل هو عقد لازم أم جائز؟

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية والمالكية في المشهور والشافعية والحنابلة علىٰ أن المضاربة قبل العمل جائزة فيجوز لكل من العامل ورب المال فسخ العقد قبل الشروع في العمل.

وفي قول للمالكية أنها لازمة بالعقد.

ثم اختلفوا إذا عمل المضارب بمال المضاربة هل يجوز له أن يفسخ عقد المضاربة أم لا يجوز إلا بإذن شريكه.

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في قول إلىٰ أن عقد المضاربة جائز فيجوز لكل من رب المال أو العامل فسخ عقد المضاربة متىٰ شاء سواء كان قبل العمل أو بعده لكن علىٰ تفصيل عندهم بيانه كما يلي:

(1) «كشاف القناع» (2/ 197، 198)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (2/ 178)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (2/ 19، 20).

قال الحنفية: عقد المضاربة غير لازم ولكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه.

فإذا عزل رب المال المضارب فلم يعلم بعزله حتىٰ اشترىٰ وباع فتصرفه جائز؛ لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف علىٰ علمه.

وإن علم المضارب بعزله، والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك؛ لأن المضاربة قد تمت بالشراء وصحت فلا يجوز له العزل بعد ذلك؛ لأن حقه قد ثبت في الربح، وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتنىٰ علىٰ رأس المال، وإنما ينض بالبيع.

فإذا باع العروض فلا يجوز له أن يشتري بثمنها شيئًا آخر؛ لأنها قد صارت نقدا.

ويشترط أيضًا أن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتىٰ لو نهىٰ رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهي لم يصح نهيه وله أن يبيعها؛ لأنه يحتاج إلىٰ بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهي والفسخ إبطالا لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ والنهي لكن له أن يصرف الدراهم إلىٰ الدنانير والدنانير إلىٰ الدراهم، لأن ذلك لا يعد بيعًا لاتحادهما في الثمنية؛ فإذا كان رأس المال دنانير والذي نض[1] له دراهم، أو علىٰ العكس فله أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانًا؛ لأن الربح لا يظهر إلا به.

---

(1) قَوْلُهُمْ: «نَضَّ» أَيْ صَارَ وَرِقًا وَعَيْنًا بَعْدَ مَا كَانَ مَتَاعًا، وَالنَّاضُّ عِنْدَ أَهْلِ الحِجَازِ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ.

وإذا افترق رب المال والمضارب، وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم علىٰ اقتضاء الديون؛ لأنه بمنزلة الأجير؛ لأن الربح له كالأجرة، ولأن عمله حصل بعوض فيجبر علىٰ إتمامه كالأجير[1].

وقال الشافعية: القراض من العقود الجائزة لكل واحد منهما أن يفسخه متىٰ شاء من غير حضور الآخر ورضاه؛ لأنه عقد يتضمن تصرف العامل في رقبة المال بإذن رب المال فجان جائزًا كالوكالة، لأن القراض في ابتدائه وكالة وفي انتهائه إما شركة إذا ملكنا العامل بالظهور وإما جعالة إذا لم نملكه به، وكلها عقود جائزة.

ويحصل الفسخ بقوله فسخت عقد القران أو رفعته أو أبطلته أو لا تتصرف بعد هذا أو نحو ذلك وباسترجاع المال؛ فإن استرجع بعضه انفسخ فيه وبقي في الباقي وبإعتاقه واستيلاده له كالوكالة.

ولو حبس العامل ومنعه التصرف أو قال: لا قراض بيننا أو باع ما اشتراه العامل للقراض عزل في أصح الوجهين. والوجه الآخر: لم ينعزل.

وقيل: بالفرق بين أن يكون له غرض أم لا.

وللعامل بعد الفسخ بيع مال القراض إذا توقع فيه ربحا كأن ظفر بسوق أو براغب فلا يشتري لارتفاع العقد مع كونه لاحظ له فيه.

ويلزم العامل الاستيفاء لدين مال القراض والربح معا علىٰ الصحيح إذا انفسخ القراض من أحدهما أو هما فيلزمه تنضيض جميع الدين ليرد كما أخذ.

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 109)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 460، 461)، و«الهداية» (3/ 209)، و«تبيين الحقائق» (5/ 207)، و «مجمع الضمانات» (2/ 664)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 339)، و«درر الحكام» (3/ 481).

وصورة المسألة: أن يكون المالك قد أذن له في المعاملة بالدين؛ فإذا انفسخ القراض وهناك دين.. لزم العامل أن يتقاضاه لينض سواء كان هناك ربح أم لا.

ويلزم العامل أيضًا تنضيض رأس المال إن كان ما بيده عند الفسخ عرضا وطلب المالك تنضيضه سواء أكان في المال ربح أم لا على الصحيح من المذهب، فيصيره نقدا ليرده كما أخذه. وكذلك الحكم لو كان ما بيده نقدا من غير جنس رأس المال أو من جنسه ولكن من غير صفته كالصحاح والمكسرة فكالعروض.

ولو أبطل السلطان النقد الذي جرى عليه القراض والمال عرض رد من الأول.

وقيل: من الحادث.

فإن لم يطلب المالك التنضيض لم يجب إلا أن يكون المال المحجور عليه وحظه في التنضيض فيجب.

ولو قال المالك لا تبع ونقسم العروض بتقويم عدلين أو قال أعطيك نصيبك من الربح ناضا أجيب وكذا لو رضي بأخذ العروض من العامل بالقيمة ولم يزد راغب فلو حدث بعد ذلك غلاء لم يؤثر.

وخرج بقدر رأس المال الزائد عليه فلا يلزمه تنضيضه بل هو عرض اشترك فيه اثنان لا يكلف أحدهما بيعه، نعم لو كان بيع بعضه ينقص قيمته كالعبد لزمه تنضيض الكل.

وليس للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج المتاع؛ لأن حق المالك معجل.

وقيل: لا يلزم العامل التنضيض إذا لم يكن ربح إذ لا فائدة له فيه؛ لأن الغرض من البيع أن يظهر الربح فيصل العامل إلىٰ حقه منه، وقد زال هذا المعنىٰ.

ولو استردّ المالك بعض مال القراض قبل ظهور ربح وخسران فيه رجع رأس المال إلىٰ ذلك الباقي بعد المسترد؛ لأنه لم يترك في يده غيره فصار كما لو اقتصر في الابتداء علىٰ إعطائه له، فلو كان مئة فاسترد عشرة، صار رأس المال تسعين؛ لأنه لم يبق في يده غيره.

وإن استرد المالك بغير رضا العامل بعد ظهور الربح فالمسترد منه شائع ربحا ورأس مال؛ لعدم التمييز، وذلك علىٰ النسبة الحاصلة من جملة الربح ورأس المال لا يلحقه حكم الباقي لاستقرار ملك العامل علىٰ ما يخصه من الربح بحسب الشرط فلا يسقط بما يحصل من الخسران بعده.

أما إذا كان الاسترداد برضا العامل؛ فإن قصد هو والمالك الأخذ من الأصل اختص به أو من الربح فكذلك لكن يملك العامل مما بيده مقدار ذلك علىٰ الإشاعة وإن أطلقا حمل علىٰ الإشاعة وحينئذ الأشبه كما قال ابن الرفعة أن تكون حصة العامل قرضا نقله عنه الإسنوي وأقره ثم قال وإذا كان الاسترداد بغير رضاه لا ينفذ تصرفه في نصيبه وإن لم يملكه بالظهور.

مثاله: رأس المال مائة من الدراهم والربح عشرون منها واسترد المالك من ذلك عشرين فالربح في هذا المثال سدس جميع المال وحينئذ فيكون المسترد وهو العشرون سدسه وهو ثلاثة دراهم وثلث يحسب من الربح فيستقر للعامل المشروط منه وهو درهم وثلثان إن شرط له نصف الربح وباقيه أي المسترد

وهو ستة عشر وثلثان من رأس المال فيعود رأس المال إلىٰ ثلاثة وثمانين وثلث فلو عاد ما في يده إلىٰ ثمانين لم يسقط ما استقر له بل يأخذ منها درهما وثلثي درهم ويرد الباقي وهو ثمانية وسبعون درهما وثلث درهم.

وإن استرد المالك بعضه بعد ظهور الخسران فالخسران موزع علىٰ المسترد والباقي بعده وحينئذ فلا يلزم جبر حصة المسترد وهو عشرون لو ربح المال بعد ذلك؛ لأنه لو رد الجميع بعد الخسران لم يلزمه شيء، ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران.

مثاله: المال - أي رأس المال - مائة والخسران الحاصل فيه عشرون ثم استرد المالك عشرين فربع العشرين التي هي جميع الخسران حصة المسترد منها خمسة فكأنه استرد خمسة وعشرين ويعود بعد ذلك رأس المال الباقي بعد المسترد وبعد حصته من الخسران إلىٰ خمسة وسبعين، لأن الخسران إذا وزعناه علىٰ الثمانين خص كل عشرين خمسة والعشرون المستردة حصتها خمسة فيبقىٰ ما ذكره فلو ربح بعد ذلك شيئًا قسم بينهما ربحا علىٰ حسب ما شرطاه[1].

وقال الحنابلة: المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه؛ لأنه متصرف في مال غيره فهو كالوكيل ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده.

فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسما الربح علىٰ ما شرطاه.

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 761، 762)، و«البيان» (7/ 197)، و«مغني المحتاج» (3/ 357، 360)، و«نهاية المحتاج» (5/ 272، 276)، و«النجم الوهاج» (5/ 280، 283)، و«الديباج» (2/ 439، 441).

وإن انفسخت المضاربة والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه أو أخذه جاز، لأن الحق لهما لا يعدوهما فيقوم العرض عليه ويدفع حصة العامل؛ لأنه أسقط من العامل البيع.

وإن قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح بأن كان العامل اشترى خزا في الصيف ليربح في الشتاء أو يرجو دخول موسم أو قفل؛ فإن حقه يبقى من الربح، لأن أصل المذهب أن الحيل لا أثر لها.

وإذا ارتفع السعر بعد ذلك أي بعد التقويم على المالك ودفعه حصة العامل لم يكن للمضارب أن يطالب بقسطه على الصحيح من المذهب كما لو ارتفع بعد بيعه لأجنبي.

وإذا لم يرض رب المال أن يأخذ عرضا وطلب البيع أو طلبه ابتداء من غير فسخ المضاربة فله ذلك ويلزم المضارب بيعه مطلقا على الصحيح من المذهب وإن لم يكن فيه ربح وقبض ثمنه، لأن عليه رد المال نضا كما أخذه.

وقيل: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح أو كان فيه ربح وأسقط العامل حقه منه.

وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع، لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وإن لم يظهر ربح لم يجبر؛ لأنه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه.

وإن طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر العامل على البيع، لأن عليه رد المال ناضا كما أخذه.

والثاني: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح؛ لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبيًّا من المال فأشبه الوكيل إذا اشترىٰ ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده.

ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو دراهم فصار دنانير فهو كما لو كان عرضا علىٰ ما شرح. إن رضيه رب المال وإلا لزم العامل إعادته كما كان.

وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي؛ لأنه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولأنه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد رأس ماله علىٰ صفته ولا يوجد هذا المعنىٰ في الربح. وهذا علىٰ المذهب إنما يلزمه البيع في مقدار رأس المال والصحيح من المذهب يلزمه في الجميع.

وإن انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، لأن المضاربة تقتضي رد رأس المال علىٰ صفته والديون لا تجري مجرىٰ الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضا ويفارق الوكيل فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال.

فإن اقتضىٰ منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضًا؛ لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما علىٰ وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلىٰ حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه[1].

---

(1) «المغني» (5/ 38)، و«الشرح الكبير» (5/ 171)، و«المبدع» (5/ 32)، و«الإنصاف» (4/ 446، 488)، و«كشاف القناع» (3/ 610)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 582، 583).

وذهب المالكية في المشهور وقول للحنابلة[1] إلىٰ أن المضاربة من العقود اللازمة بعد الشروع في العمل لا قبل الشروع فيه.

قال المالكية: لكل من رب المال والعامل فسخ القراض قبل الشروع في العمل: أي شراء السلع بالمال، لأن عقده غير لازم بإجماع.

ولرب القراض فقط الفسخ إن تزود العامل من مال القراض ولم يظعن من بلده- أي يشرع في السفر- إذ لا ضرر عليه في ذلك، وإنما الضرر علىٰ رب المال فيما صرف من ماله.

وليس للعامل حينئذ فسخ بل الكلام لرب المال دون العامل، لأن التزود من مال القراض بالنسبة للعامل عمل فيلزمه تمامه، إلا أن يلتزم له العامل غرم ما اشترىٰ به الزاد لرب المال. فإن تزود العامل من ماله فله الفسخ لا لرب المال، إلا أن يدفع له رب المال ما غرمه في الزاد.

وإلا بأن عمل فيه في الحضر أو ظعن في السفر فلنضوض المال ببيع السلع، ولا كلام لواحد منهما في فسخه. فيبقىٰ المال تحت يد العامل لنضوضه،

(1) قال المرداوي في «الإنصاف» (5/ 449): وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل في باب الشركة أن المضارب لا ينعزل ما دام عرضا بل يملك التصرف حتىٰ ينض رأس المال وليس للمالك عزله وأن هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ في رواية حنبل وذكر في المضاربة أن المضارب ينعزل بالنسبة إلىٰ الشراء دون البيع وحمل صاحب «المغني» مطلق كلامهما في الشركة علىٰ هذا التقييد ولكن صرح بن عقيل في موضع آخر: أن العامل لا يملك الفسخ حتىٰ ينض رأس المال مراعاة لحق مالكه وقال في باب الجعالة: المضاربة كالجعالة لا يملك رب المال فسخها بعد تلبس العامل بالعمل وأطلق ذلك، وقال في مفرداته: إنما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ قال: وهو الأليق بمذهبنا، وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه.

والنضوض خلوص المال ورجوعه عينا كما كان وبه تم العمل فليس للعامل تحريك المال بعده في الحضر إلا بإذن وجاز في السفر إلىٰ أن يصل لبلد القراض إلا لمنع من رب المال للعامل عن التحريك في السفر بعد النضوض فليس له التحريك حينئذ.

وإن طلب أحدهما نضوضه ببيع سلعة ليظهر المال، وطلب الآخر الصبر لغرض كزيادة ربح؛ نظر الحاكم فيما هو الأصلح من تعجيل أو تأخير لسوق يرجوه ونحوه أخره فيحكم به وإلا أمر ببيعه.

فإن اتفقا علىٰ نضوضه جاز كما لو اتفقا علىٰ قسمة العروض بالقيمة. فإن لم يكن حاكم شرعي فجماعة المسلمين ويكفي منهم اثنان أو واحد عارف يرضيانه[1].

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 308، 309)، و«تحبير المختصر» (4/ 531، 532)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 223)، و«التاج والإكليل» (4/ 434، 435)، و«مواهب الجليل» (7/ 352)، و«البهجة الوردية» (2/ 257)، و«حاشية الصاوي» (8/ 524، 425).

فصل في اختلاف العامل ورب المال

قد يختلف العامل ورب المال في أمور تتعلق بالمال والمضاربة وهي على التفصيل الآتي:

1- الاختلاف في قدر الجزء المشروط من الربح:

اختلف الفقهاء فيما إذا اختلف رب المال والعامل في قدر الجزء المشروط من الربح فادعىٰ العامل النصف مثلًا وقال رب المال: الثلث هل يكون القول قول رب المال أم العامل أم يتحالفان علىٰ أقوال.

فقال الحنفية خلافًا لزفر والحنابلة في المذهب: القول قول رب المال؛ لأن رب المال ينكر السدس الزائد واشتراطه له والقول قول المنكر، ولأنه لو أنكر الربح رأسًا كان القول قوله فكذلك قدره، ولأن شرط الربح يستفاد من قبله، فكان القول في مقدار المشروط قوله. ألا ترىٰ أنه لو أنكر الشرط رأسًا فقال: لم أشرط لك ربحًا؛ وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله فكذا إذا أقر بالبعض دون البعض.

فإن أقاما جميعًا البينة فالبينة بينة العامل.

وقال زفر وأبو حنيفه في قوله الأول: القول قول العامل لأنهما اتفقا علىٰ أنه يستحق المضاربة، وظاهر الحال التساوي فكان القول قوله.

وقال الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو اختلفا في الربح فقال رب المال: شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت لي النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه إلىٰ رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوىٰ ذلك لأنا قد بينا أن القول في شرط الربح قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعىٰ النصف ومن ادعىٰ أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح[1].

وقال المالكية: إذا اختلف رب المال والعامل في قدر الجزء المشروط من الربح فقال العامل: أخذته علىٰ النصف وقال رب المال علىٰ الثلث؛ فإن كان لم يعمل فالقول قول رب المال أشبه أو لم يشبه، لأن له أن ينتزعه منه وإن أحب الآخر أن يعمله علىٰ الثلث عمل أو رده.

فإن اختلفا بعد العمل وفي المال ربح كان القول قول العامل بشرطين:

الأول: أن يدعي مشبها ويحلف سواء أشبه رب المال أم لا؛ فإن نكل صدق رب المال ويحلف؛ فإن نكل صدق مدعي الأشبه؛ فإن ادعيا ما لا يشبه كأن يقول العامل الثلثين ويقول رب المال بل الثمن حلفا ورجعا لقراض المثل وكذا لو نكلا.

والثاني: أن يكون المال بيده أو وديعة عند أجنبي أو عند رب المال، ومثل كون المال بيده كون الربح أو الحصة التي يدعيها بيده ومفهومه أنه لو سلمه لربه

(1) «بدائع الصانع» (6/ 109، 112)، و«المبسوط» (22/ 89)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 64)، و«تبيين الحقائق» (4/ 123)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 324)، و«المغني» (5/ 45)، و«كشاف القناع» (3/ 613)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 588).

علىٰ وجه المفاصلة لا يكون القول قول العامل بل القول لربه ولو مع وجود شبه العامل وهو كذلك إن بعد قيامه، وأما إن قرب فالقول قوله.

والقول قول رب المال إن ادعىٰ في قدر الجزء المشروط الشبه فقط ولم يشبه العامل؛ فإن لم يشبه ربه أيضًا فقراض المثل[1].

وقال الشافعية: إذا اختلف العامل ورب المال في القدر المشروط للعامل، كأن قال: شرطت النصف فقال المالك: بل الثلث فإنهما يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض عقد مع اتفاقهما علىٰ صحته فيتحالفان كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وهل ينفسخ بمجرد الحلف؟ فيه قولان: قيل: فإذا حلفا، فسخ العقد، والصحيح: أنه لا ينفسخ بمجرد التحالف بل يفسخانه أو أحدهما أو الحاكم.

واختص الربح والخسران بالمالك وللعامل أجرة مثل عمله، وإن زادت علىٰ ما ادعاه، لأن مقتضىٰ التحالف والفسخ رجوع كل من العوضين لصاحبه؛ فإن تعذر فقيمته، وقد رجع المال وربحه للمالك وقياسه رجوع العمل للعامل لكنه تعذر، فأوجبنا قيمته وهي الأجرة.

وفي وجه: أن الأجرة إن كانت أكثر مما ادعاه العامل فليس له إلا ما ادعاه[2].

---

(1) «المدونة» «الكبرىٰ» (12/ 90)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 311، 312)، و«تحبير المختصر» (4/ 533)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 225)، و«التاج والإكليل» (4/ 436)، و«منح الجليل» (7/ 379)، و«حاشية الصاوي» (8/ 428).

(2) «البيان» (7/ 233)، و«روضة الطالبين» (3/ 765)، و«مغني المحتاج» (3/ 361)، و«نهاية المحتاج» (5/ 278)، و«النجم الوهاج» (5/ 285)، و«الديباج» (2/ 442).

وقال الإمام أحمد في الرواية الثانية: أن العامل إذا ادعىٰ أجرة المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله، وإن ادعىٰ أكثر فالقول قوله فيما وافق أجرة المثل[1].

2- الاختلاف في تلف رأس المال أو خسارته:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة علىٰ أن المضارب ورب المال إذا اختلفا في تلف المال أو بعضه أو خسارته أو ضياعه بأن ادعىٰ المضارب تلف المال أو أنه خسر أو أنه سرق أو غرق أو ما أشبه ذلك وأنكره رب المال فالقول قول المضارب -مع يمينه عند جميعهم إلا قولا للمالكية بدون يمين-، لأن المضارب أمين والأمين مصدق في أمانته، لأن ربه المال رضيه أمينا في نفسه وإن لم يكن أمينًا في الواقع فهو أمين والأصل عدم الخيانة.

وقال المالكية والحنابلة: وهذا إذا لم تقم عليه بينة أو قرينة؛ فإذا قامت بينة أو قرينة تشهد علىٰ كذبه فيحكم بها ويضمن. ويعرف ذلك بسؤال التجار في تلك السلع هل يخسر في مثل هذا أم لا؛ فإن أجابوا بعدم الخسارة ضمن.

وزاد الحنابلة: وإن ادعىٰ الهلاك بأمر ظاهر كلف ببينة تشهد به، ثم حلف أنه تلف به.

وأما اليمين فللمالكية فيه ثلاثة أقول الأول: أنه عليه اليمين وهو الراجح، وقيل بغير يمين، وقيل: تتوجه إن كان متهمًا وإلا فلا[2].

---

(1) «المغني» (5/ 45).

(2) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 310)، و«تحبير المختصر» (4/ 532)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 225)، و«التاج والإكليل» (4/ 435)، و«منح الجليل» (7/ 379)، و«حاشية الصاوي» (8/ 430)، و«المغني» (5/ 45)، و«كشاف القناع» (3/ 612)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 586)، و«الإقناع» (3/ 1680).

وقال الشافعية: يصدق العامل بيمينه، هذا إذا لم يذكر سبب التلف ولا يكلف بيان سببه، أما إذا ذكر سبب التلف وكان السبب خفيًّا كالسرقة صدق بيمينه، وإن ادعاه بسبب ظاهر كالحريق والغارة والسيل؛ فإن لم يعرف ما ادعاه بتلك البقعة لم يقبل قوله في الهلاك به، وإن عرف بالمشاهدة أو الاستفاضة، نظر إن عرف عمومه صدق بلا يمين وإن لم يعرف عمومه واحتمل أنه لم يصب مال المضاربة صدق باليمين[1].

3- الاختلاف في قدر المال المدفوع للمضاربة:

إذا اختلف العامل ورب المال في قدر المال المدفوع للمضاربة فقال رب المال: دفعت ألفين مثلا، وقال العامل: بل دفعت ألفًا ولا بينة فالقول قول العامل مع يمينه بإجماع العلماء[2]، لأن الاختلاف فيما قبضه العامل، والأصل عدم القبض إلا فيما أقر به، ولأن المال في يد العامل، ورب المال يدعي جميعه والعامل لا يقر إلا ببعضه فكان القول قول صاحب اليد، ولأنه يدعي عليه قبض شيء وهو منكر والقول قول المنكر.

---

(1) «البيان» (7/ 232)، و«روضة الطالبين» (3/ 764)، و«مغني المحتاج» (3/ 361)، و«نهاية المحتاج» (5/ 277)، و«النجم الوهاج» (5/ 285)، و«الديباج» (2/ 442).

(2) سواء كان في المال ربح أو لم يكن عند عامة الفقهاء وفي قول ضعيف للشافعية أنه لو كان في المال ربح ففيه وجهان أحدهما: أن القول قول العامل.

والثاني: أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط والصحيح هو الأول لأن الاختلاف في الربح المشروط اختلاف في صفة العقد فتحالفًا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وهذا اختلاف فيما قبض فكان الظاهر مع الذي ينكر كالمتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن فإن القول قول البائع.

ينظر: «المهذب» (1/ 389)، و«الحاوي الكبير» (7/ 350).

قال ابن المنـذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم علىٰ أن الرجل إذا دفع إلىٰ الرجل مالًا مضاربة، ثم اختلفا، وقد جاء العامل بألفي درهم، فقال رب المال: كان رأس المال ألفي درهم. وقال العامل: رأس المال ألف درهم والربح ألف درهم: أن القول قول العامل (المدفوع إليه المال) مع يمينه وذلك إذا لم يكن لرب المال بينة[1].

4- الاختلاف في كون رأس المال كان مضاربة أو قرضًا:

قد يختلف رب المال والعامل في كون رأس المال كان مضاربة أو قرضا وهذا له حالتان:

الحالة الأولى: أن يختلفا فيقول العامل كان قرضًا ويقول رب المال كان مضاربة:

إذا اختلف رب المال والعامل في كون رأس المال كان مضاربة أو قرضًا كما إذا دفع إلىٰ رجل ألفًا يتجر فيه فربح، فقال العامل: كان قرضًا لي ربحه كله، وقال رب المال: كان مضاربة ربحه بيننا فقد اختلف الفقهاء هل القول قول رب المال أم قول الآخر الذي أخذ المال.

فذهب الحنفية والحنابلة إلىٰ أن القول قول رب المال، لأن المضارب يدعي عليه التمليك وهو منكر، ولأنه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه

(1) «الإجماع» (530)، و«الأوسط» (5/ 710)، و«الإشراف» (6/ 217)، وينظر: «بدائع الصنائع» (6/ 109)، و«تبيين الحقائق» (5/ 75)، و«المدونة الكبرىٰ» (12/ 127)، و«الحاوي الكبير» (7/ 350)، و«البيان» (7/ 223)، و«الإقناع» (3/ 1684) رقم (3307)، و«مغني المحتاج» (3/ 360)، و«نهاية المحتاج» (5/ 276)، و«النجم الوهاج» (5/ 284)، و«الديباج» (2/ 442)، و«المغني» (5/ 45)، و«الإنصاف» (5/ 450)، و«كشاف القناع» (3/ 612)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 585).

عن يده. ولأن الإذن في التصرف مستفاد من جهة رب المال فالقول قوله في بيان الإذن والتسليط.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: فإذا حلف قسمنا الربح بينهما ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله؛ لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف به وهو يدعي الربح كله وإن كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما أن القول قول رب المال في ربح ماله؛ فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط؛ وإنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل.

فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب عند الحنفية والحنابلة في المذهب؛ لأنها تثبت التمليك ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه.

وفي قول عند الحنابلة إن أقام كل منهما بينة بدعواه تعارضت البينتان وسقطتا ويقسم الربح بينهما نصفين نص عليه الإمام أحمد في رواية مهنا. لأن الأصل بقاء ملك رب المال عليه وتبع الربح، لكن قد اعترف بنصف الربح منه للعامل فبقي الباقي على الأصل[1].

وذهب المالكية والشافعية إلى أن القول قول العامل بيمينه، لأن ربح المال هنا مدع في الربح فلا يصدق. ويكون الربح جميعه للعامل وبدل القرض في ذمته

---

(1) «المبسوط» (22/ 93)، و«بدائع الصنائع» (6/ 110)، و«مختصر الوقاية» (2/ 193)، و«مجمع الضمانات» (2/ 661)، و«المغني» (5/ 46)، و«المبدع» (5/ 37)، و«كشاف القناع» (3/ 613)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 587).

ولا يقبل قوله في دفع المال لربه إلا ببينة مؤاخذة له بمقتضىٰ دعواه ويترتب عليه أحكام القرض[1].

قال الشرواني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: واعلم أن هذا مصور بالاختلاف مع بقاء المال... فلو كان الاختلاف هنا بعد التلف فالآخذ مقر بالبدل لمنكره كما هو ظاهر فلو أقاما بينتين أي فيما لو كان المال باقيًا اتجه تقديم بينة الآخذ، لأن معها زيادة علم علىٰ قياس ما تقدم[2].

الحالة الثانية: أن يختلافا فيقول العامل كان مضاربة ويقول رب المال كان قرضا:

إذا اختلف رب المال والعامل في كون رأس المال كان مضاربة أو قرضًا كما إذا دفع إلىٰ رجل ألفًا فتلف أو ما شابه، فقال العامل: كان مضاربة وتلف ولا شيء لك عندي، وقال رب المال: كان قرضا ويجب عليك رد مثله.

فقال الحنفية والشافعية وأشهب من المالكية: القول قول العامل لأنهما اتفقا علىٰ أن الأخذ كان بإذن رب المال، ورب المال يدعي علىٰ المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله.

وإن أقام كل منهما بينة فالبينة بينة رب المال عند الحنفية وهو الصحيح عند الشافعية، لأن المدعىٰ عليه يدعي سقوط الضمان مع اعترافه بقبضه، ولأن معها زيادة علم.

---

(1) «التاج والإكليل» (4/ 437)، و«حاشية الدسوقي» (5/ 312)، و«حواشي الشرواني» (6/ 105).

(2) «حواشي الشرواني» (6/ 105).

والوجه الآخر عند الشافعية: بينة العامل أولىٰ[1].

وهذا الحكم عند الحنفية فيما إذا عمل بالمال أما إذا لم يكن عمل بالمال وضاع فالقول قول رب المال قال السرخسي: ولو وضع في المال ثم قال العامل دفعته إلىٰ مضاربة وقال رب المال دفعته إليك قرضا فالقول قول رب المال، لأن الإذن مستفاد من جهته فالقول قوله في بيان صفته، ولأن العامل يزعم أنه كان نائبًا عن رب المال في العمل ورب المال ينكر ذلك فالقول قوله وإن أقاما البينة فالبينة بينة رب المال أيضًا؛ لأنه يثبت ببينته سبب تمليك المال منه بالفرض ووجوب الضمان دينا له في ذمته فكانت بينته أولىٰ بالقبول ولأنه لا تنافي بين البينتين فالقرض يرد علىٰ المضاربة فيجعل كأنه دفعه إليه مضاربة ثم أقرضه منه ولا يمكن أن يجعل علىٰ عكس هذا، لأن المضاربة لا ترد علىٰ القرض والقرض يرد علىٰ المضاربة.

ولو لم يكن عمل بالمال وضاع فالقول قول المضارب، لأن رب المال يدعي عليه سبب الضمان والمضارب ينكر والبينة بينة رب المال لإثباته الضمان دينًا في ذمة المضارب.

ثم الفرق بين هذا والأول أن في هذا الفصل تصادقا علىٰ أنه قبضها بإذن المالك وذلك غير موجب للضمان عليه فبقي دعوىٰ رب المال سبب الضمان وفي الفصل الأول عمل العامل في ملك الغير سبب موجب للضمان وقد ظهر

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 110)، و«مختصر الوقاية» (2/ 193)، وابن عابدين (8/ 321)، و«تحبير المختصر» (4/ 534)، و«البيان» (7/ 236)، و«روضة الطالبين» (3/ 766)، و«أسنىٰ المطالب» (2/ 392)، و«النجم الوهاج» (5/ 285)، و«حواشي الشرواني» (6/ 105)، و«حاشية عميرة علىٰ كنز الراغبين» (3/ 144).

ذلك فيحتاج إلىٰ سبب مسقط للضمان عن نفسه وهو كونه نائبًا عن المالك في عمله في المال مضاربة ولا يثبت هذا المسقط إلا بالبينة ولا يقال تصادقا أن عمله حصل بإذن رب المال وتسليطه فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه، لأن رب المال يزعم أنه عمل لنفسه في مال نفسه؛ فإذا لم يثبت الملك له لا يكون هو عاملًا بإذن رب المال كما أقر به فيبقىٰ عاملًا في المال بغير إذنه وذلك موجب للضمان عليه[1].

وقال المالكية والحنابلة: القول قول رب المال مع يمينه، لأن العامل قد أقر أن له قبله مالًا، ويدعي أن لا ضمان عليه فيه. والأصل في القابض لمال غيره الضمان، ولأن الأصل تصديق المالك في كيفية خروج ماله من يده.

فلو أقاما بينتين، قدمت بينة العامل عند الحنابلة، لأن معها زيادة علم؛ لأنها ناقلة عن الأصل، ولأنه خارج[2].

5- الاختلاف في كون المال كان مضاربة أو بضاعة:

إذا اختلف رب المال والعامل في المال الذي في يديه هل هو مضاربة أم بضاعة بأن قال رب المال: كان بضاعة فربحه لي، وقال العامل: كان مضاربة فربحه لنا.

فذهب الحنفية والمالكية إلىٰ أن القول قول رب المال، لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله أنه لم يشترط، ولأن المضارب يدعي استحقاقًا في مال الغير فالقول قول صاحب المال[3].

---

(1) «المبسوط» (22/ 93، 94)، و«مجمع الضمانات» (2/ 662)، وابن عابدين (8/ 374).

(2) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 312)، و«التاج والإكليل» (4/ 437)، و«تحبير المختصر» (4/ 534)، و«المغني» (5/ 46)، و«المبدع» (5/ 37)، و«كشاف القناع» (3/ 613)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 587)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ»(3/ 541).

(3) «بدائع الصنائع» (6/ 110)، و«مختصر الوقاية» (2/ 193).

وقال المالكية: القول قول رب المال بيمينه أنه ليس بمضاربة، ويكون للعامل أجرة مثله ما لم يزد علىٰ ما ادعاه فلا يزاد، وإن نكل كان القول قول العامل مع يمينه إذا كان ممن يستعمل مثله في المضاربة.

قال الدسوقي رَحِمَهُ اللَّهُ: قد يقال إذا كان القول قول رب المال فينبغي أن لا يكون للعامل أجرة مثله وإلا فلا ثمرة لكون القول قول ربه وأجيب بأن ثمرة كون القول قول رب المال عدم غرامة جزء القراض الذي ادعاه العامل حيث زاد ووجه كون العامل له أجرة المثل أن دعوىٰ رب المال تتضمن أن العامل تبرع له بالعمل وهو ينكر ذلك ويدعي أنه بأجرة فله أجرة مثله[1].

وهذا الحكم عند المالكية فيما إذا قال رب المال هي بضاعة بلا أجر؛ فإن قال العامل هو قراضٌ بجزء من الربح وقال ربه بضاعة بأجر أو بالعكس بأن قال العامل بضاعة بأجر وقال ربه: قراض فالقول للعامل بيمينه بأربعة شروط:

1- إن كانت المنازعة بعد العمل الموجب للزوم القراض.

2- وأن يكون مثله يعمل في قراض.

3- وأن يكون مثل المال يدفع قراضًا.

4- وأن يزيد جزء الربح علىٰ أجرة البضاعة

فإذا اختل شرط من هذه الشروط لم يقبل قوله ولو حلف كما إذا وجدت ونكل عن اليمين لم يقبل قوله وحلف ربه ودفع أجرة البضاعة.

---

(1) «حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير» (5/ 311).

وإنما صدق العامل إنما هو في جزء الربح فقط ولهذا إذا كانت الأجرة مثل جزء القراض فلا يمين لأنهما اتفقا في المعنىٰ[1].

وقال الحنابلة: إن قال رب المال: كان بضاعة فربحه لي، وقال العامل: كان مضاربة فربحه لنا- حلف كلٌّ منهما علىٰ إنكار ما ادعاه خصمه، لأن كل منهما منكر لما ادعاه خصمه عليه، والقول قول المنكر، وكان للعامل أجرة مثله والباقي لرب المال؛ لأن نماء ماله تابع له. وقيل: يكون للعامل أقل الأمرين من نصيبه من الربح أو أجرة مثله؛ لأنه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح، فلا يستحق زيادة عليه، وإن كان الأقل أجرة مثله فلم يثبت كونه مضاربة، فيكون له أجرة عمله.

وفي احتمال عند الحنابلة ذكره ابن قدامة أن القول قول العامل؛ لأنه عمله له فيكون القول قوله فيه[2].

ولم أجد قولًا للشافعية في هذه المسألة.

6- الاختلاف في كون المال بضاعة أو قرضًا:

إذا اختلف العامل ورب المال فقال رب المال: كان بضاعة، وقال العامل: كان قرضًا، قال الحنابلة: حلف كل واحد منهما علىٰ إنكار ما ادعاه خصمه، لأن كلا منهما منكر لما ادعاه خصمه عليه، والقول قول المنكر، وكان للعامل أجر عمله فقط لا غير، والباقي لرب المال؛ لأن نماء ماله تابع له[3].

---

(1) «حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير» (5/ 311)، و«التاج والإكليل» (4/ 435)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 224)، و«منح الجليل» (7/ 378)، و«تحبير المختصر» (4/ 533)، و«المدونة» (12/ 126، 127).

(2) «المغني» (5/ 46)، و«كشاف القناع» (3/ 614).

(3) «المغني» (5/ 46)، و«كشاف القناع» (3/ 614)، و«مطالب أولي النهىٰ» (3/ 542).

وقال الحنفية: إذا قال المالك: كان بضاعة وقال ذو اليد: كان قرضًا صدق المالك مع يمينه، لأن ذو اليد يدعي عليه التمليك وهو ينكر دعوىٰ التمليك.

فإن أقاما البينة فالبينة بينة ذو اليد؛ لأنها تثبت التمليك، ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة ثم أقرضه[1].

7- الاختلاف في كون المال مضاربة أم غصبًا:

إذا اختلف رب المال والعامل فقال رب المال: قد غصبت المال مني وقال العامل: بل أخذته مضاربة وتلف فالقول قول العامل مع يمينه عند المالكية والحنفية علىٰ تفصيل عندهم.

قال الحنفية: لو قال المضارب: دفعته إليَّ مضاربة، وقد ضاع المال قبل أن أعمل به، وقال رب المال: أخذته غصبًا، فلا ضمان علىٰ المضارب؛ لأنه ما أقر بوجود السبب الموجب للضمان عليه؛ وإنما أقر بتسليم رب المال إليه وذلك غير موجب للضمان عليه، ورب المال يدعي عليه الغصب الموجب للضمان وهو ينكر، فإن كان عمل به ثم ضاع فهو ضامن للمال، لأن عمله في مال الغير سبب موجب للضمان عليه ما لم يثبت إذن صاحبه فيه ولم يثبت ذلك لإنكاره، فأما إن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب في الوجهين؛ لأنه يثبت تسليم رب المال والإذن له في العمل ببينة.

ولو قال المضارب: أخذت منك هذا المال مضاربة فضاع قبل أن أعمل به أو بعد ما عملت، وقال رب المال: أخذته مني غصبًا.. فالقول قول رب المال،

(1) «بدائع الصانع» (6/ 110)، و«مختصر الوقاية» (2/ 193).

والمضارب ضامن؛ لأنه أقر بالأخذ وهو سبب موجب للضمان، ثم ادعىٰ المسقط وهو إذن صاحبه فلا يصدق في ذلك إلا بحجة[1].

وقال المالكية: إذا قال العامل: المال بيدي مضاربة أو وديعة، وقال رب المال: بل غصبته مني أو سرقته مني، فإن القول قول العامل مع يمينه والبينة علىٰ رب المال بأن يثبت ما ادعاه من الغصب أو السرقة، لأنه مدعٍ، ولأن الأصل عدم الغصب والسرقة ولو كان مثله يشبه أن يغصب أو يسرق[2].

8- الاختلاف في كون مضاربة أو وكالة:

قال الشافعية: إذا اختلف العامل ورب المال في أصل المضاربة فقال المالك: دفعت إليك المال لتشتري لي بالوكالة وقال العامل: بل قارضتني، صدق المالك بيمينه، لأن الأصل عدم مقابلة العمل بشيء؛ فإذا حلف أخذ المالك المال وربحه ولا أجرة للعامل.

فإن أقاما بينتين فالظاهر تقدم بينة العامل، لأن معها زيادة علم.

وقال الشهاب الرملي: صدق المالك بيمينه، إذ القاعدة أن من كان القول قوله في أصل الشيء كان القول قوله في صفته، مع أن الأصل عدم الائتمان الدافع للضمان[3].

---

(1) «المبسوط» (22/ 94)، و«الفتاوىٰ الهندية» (2/ 335).

(2) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 311)، و«التاج والإكليل» (4/ 436)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 223، 224)، و«تحبير المختصر» (4/ 533).

(3) «حاشية الرملي علىٰ أسنىٰ المطالب شرح روض الطالب» (2/ 392)، وينظر: «روضة الطالبين» (3/ 766)، و«مغني المحتاج» (3/ 361)، و«حاشية عميرة علىٰ كنز الراغبين» (3/ 145)

9- الاختلاف في كون مضاربة أو وديعة أو قرض:

قال المالكية: إذا اختلف رب المال والعامل فقال رب المال: هو قرض وقال العامل: بل هو قراض أو وديعة فالقول قول رب المال مع يمينه علىٰ المشهور في المذهب، لأن الأصل تصديق المالك في كيفية خروج ماله من يده، ولأن العامل مُدع يريد طرح الضمان عن نفسه، وسواء كان تنازعهما قبل العمل أو بعده. وقيل: يصدق بعد العمل لا قبله.

ولو قال رب المال دفعته لك قراضا وقال العامل: بل قرضا صدق العامل؛ لأن رب المال هنا مدع للربح فلا يصدق والحاصل أن القول قول مدعي القرض منهما.

وإن قال رب المال: هو وديعة عندك وقال العامل: بل هو قراض، فإن عمل فيه ضمنه العامل لتعديه؛ لأنه مدع علىٰ ربه أنه أذن له في تحريكه، والأصل عدمه، وإن ضاع قبل العمل فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين علىٰ الدعوتين جميعًا. لاتفاقهما أنه كان أمانة، لأن أحدهما يدعي أنه أمانة علىٰ سبيل الوديعة والآخر يدعي أمانة علىٰ سبيل القراض.

وإن قال ربه: هو قراض، وقال العامل: بل وديعة، فالقول للعامل؛ لأن ربه مدع علىٰ العامل الربح وهذا إذا تنازعا بعد العمل وإلا فقول ربه كاختلافهما في الجزء قبل العدم[1].

وقال الحنفية: لو قال رب المال أخذته غصبا وقال القابض دفعته وديعة يضمن القابض كما لو قال المودع أخذته وديعة وقال المالك أخذته غصبًا[2].

---

(1) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 126، 127)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 312)، و«التاج والإكليل» (4/ 437)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 225)، و«تحبير المختصر» (4/ 534).

(2) «مجمع الضمانات» (2/ 662).

10- الاختلاف في رد رأس المال على المالك:

إذا اختلف رب المال والمضارب في رد رأس مال المضاربة فادعىٰ المضارب أنه رده علىٰ المالك وأنكره المالك فاختلف الفقهاء هل يقبل قول المضارب أم قول المالك رب المال.

فذهب الحنفية[1] والشافعية في الأصح والحنابلة في قول إلىٰ أن القول قول العامل بيمينه؛ لأنه أمين، ولأن معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع،

---

(1) قال الكاساني في «بدائع الصانع» (6/ 108): لو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال: المضارب قد كنت دفعت إليك رأس المال قبل القسمة، وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب علىٰ رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما يرده المضارب؛ فإن بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وإنما كان كذلك لأن المضارب يدعي أنها رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وإن كان أمينا لكن القول قول الأمين في إسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم إلىٰ غيره ولأن المضارب يدعي خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق.

فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأنها تثبت إيفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من إيفاء رأس المال إذ الربح لا يكون إلا بعد الإيفاء إذ هو شرط صحة قسمة الربح لأنا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهدًا للمضارب.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف في رجل دفع إلىٰ رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل بالنفقة ويتربح فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فإنهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصانا من رأس المال ولكنهما يحتسبا رأس المال ألفا من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لأنا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة؛ لأن استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا إبطالها فيجعل رأس المال فيما بقي لئلا يبطل هذا إذا كان في المضاربة ربح؛ فإن لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب؛ لأن الشرط قد صح فلا يستحق إلا ما شرط، وهو الربح ولم يوجد.

وانتفاعه هو ليس بها، بل بالعمل فيها، ولأن المالك يملك انتزاعها من يده متىٰ شاء، فهو كالوكيل بغير جعل.

قال الشافعية: كل أمين ادعىٰ الرد علىٰ من ائتمنه يصدق بيمينه إلا المرتهن والمستأجر.

وذهب الحنابلة في المذهب والشافعية في مقابل الأصح إلىٰ أن القول قول رب المال مع يمينه إذا لم توجد بينة، لأن العامل قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله في رده كالمستعير، ولأن رب المال منكر، والقول قول المنكر، ولأن المضارب لم يقبض رأس المال إلا لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال[1].

وقال المالكية: القول قول العامل أنه رد مال المضاربة إلىٰ ربه مع ربحه حيث قبضه بغير بينة، وإلا بأن قبضه ببينة فلا بد من بينة تشهد له بالرد علىٰ المشهور، لأن القاعدة أن كل شيء أخذ بالإشهاد لا يبرأ منه إلا بالإشهاد، ولابد أن تكون البينة مقصودة للتوثق وهي التي يشهدها الدافع علىٰ القابض خوف الجحود فلو أشهدها القابض بغير حضور رب المال أو أشهدها رب المال لا لخوف الجحود فكما لو كان القبض بلا بينة والظاهر أنه يقبل قول الدافع في أن إشهاده خوف الجحود، ثم إنه لا بد من حلفه علىٰ دعوىٰ الرد وإن لم يكن متهما اتفاقا...

وهذا فيما إذا ادعىٰ العامل رد رأس المال وربحه، أو ادعىٰ رد رأس المال وحصة رب المال من الربح حيث كان فيه ربح.

(1) «البيان» (7/ 233)، و«المهذب» (1/ 396)، و«روضة الطالبين» (3/ 764)، و«مغني المحتاج» (3/ 361)، و«نهاية المحتاج» (5/ 278)، و«النجم الوهاج» (5/ 285)، و«الديباج» (2/ 442)، و«المغني» (5/ 45)، و«الكافي» (2/ 282)، و«الإنصاف» (5/ 455)، و«كشاف القناع» (3/ 613)، و«مجمع الضمانات» (2/ 662).

وأما إن ادعىٰ رد رأس المال فقط دون ربح حيث كان فيه ربح ففيه ثلاثة أقوال:

الأول: عدم قبول قوله ولو أبقىٰ العامل بيده قدر حصته من الربح وهو ظاهر المدونة.

والثاني: يقبل قوله وهو للخمي.

والثالث: لا يقبل قوله وهو للقابسي.

والرابع: يقبل إن ادعىٰ رد رأسه مع رد حظ رب المال من الربح وأما لو ادعىٰ رد رأس المال فقط مع بقاء جميع الربح بيده فلا يقبل قوله وهو قول القابسي وفاقا للمدونة.

والحاصل أن المدونة ظاهرها عدم القبول في المسألتين واللخمي يقول: بالقبول فيهما والقابسي يقول بالقبول في واحدة وبعدمه في واحدة[1].

11- الاختلاف في العموم والخصوص والإطلاق والتقييد:

قال الحنفية: إذا اختلف رب المال والمضارب في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم بأن ادعىٰ أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الأمكنة أو مع عموم من الأشخاص وادعىٰ الآخر نوعا دون نوع ومكانا دون مكان وشخصا دون شخص، لأن قول من يدعي العموم موافق للمقصود بالعقد إذ المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر.

---

(1) «المدونة الكبرىٰ» (12/ 117)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 310)، و«مواهب الجليل» (7/ 352، 353)، و«التاج والإكليل» (4/ 435)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 223، 224)، و«تحبير المختصر» (4/ 532).

وكذلك لو اختلفا في الإطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الإطلاق حتىٰ لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه، لأن الإطلاق أقرب إلىٰ المقصود بالعقد علىٰ ما بينا.

وقال الحسن بن زياد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن القول قول رب المال في الفصلين جميعا وقيل إنه قول زفر.

ووجهه أن الإذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله؛ فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي العموم في دعوىٰ العموم والخصوص؛ لأنها تثبت زيادة وفي دعوىٰ التقييد والإطلاق البينة بينة مدعي التقييد؛ لأنها تثبت زيادة فيه وبينة الإطلاق ساكتة.

ولو اتفقا علىٰ الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال إليك مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعًا؛ لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فترجح بالإذن وإنه يستفاد من رب المال؛ فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب، لأن بينته مثبتة وبينة رب المال نافية؛ لأنه لا يحتاج إلىٰ الإثبات والمضارب يحتاج إلىٰ الإثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولىٰ وقد قالوا في البينتين إذا تعارضتا في صفة الإذن وقد وقتتا إن الوقت الأخير أولىٰ، لأن الشرط الثاني ينقض الأول فكان الرجوع إليه أولىٰ[1].

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 109)، و«البحر الرائق» (7/ 172)، و«حاشية ابن عابدين» (8/ 322).

مطلب في الجحود بعد الإقرار

1- إذا أقر العامل بالربح ثم أنكر:

قال الحنفية: لو قال المضارب: ربحت ألفًا ثم قال: لم أربح إلا خمسمائة ضمن الخمسمائة المجحودة، ولا يضمن الباقي[1].

وقال الشافعية والحنابلة: لو قال: ربحت ألفًا، ثم قال: خسرت ذلك، قُبل قوله بيمينه، لأنه أمين يقبل قوله في التلف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل.

وإن قال: غلطت في الحساب أو نسيت فظننت أنني ربحت ذلك ثم نظرت في الحساب فلم أكن ربحت أو كذبت فيما قلت خوفًا من انتزاع المال من يدي لم يقبل قوله في رجوعه؛ لأنه أقر بحق لغيره، فلم يقبل قوله في الرجوع، كما لو أقر أن رأس المال ألف ثم رجع أو أقر لغيره بمال ثم رجع عنه.

قال الشافعية: فإن علم رب المال بصدقه فيما قاله لم يمنعه مطالبته، وإن لم يعلم كان له مطالبته، والعامل راجع في إقراره فلم يقبل رجوعه. فإن سأل العامل إحلاف رب المال أنه يستحق عليه ما كان أقر به من الربح؛ فإن ذكر شبهة محتملة استحق بها إحلاف رب المال، وإن لم يذكر شبهه ففي إحلافه وجهان:

أحدهما: أن له إحلافه لإمكان قوله.

(1) «مجمع الضمانات» (2/ 660).

والوجه الثاني: ليس له إحلافه لما تقدم من إقراره.

فإن قال: قد كان حصل في المال ربح ثم تلف قبل قوله عند الاحتمال بأن حدث كساد؛ لأنه أمين، فقبل قوله في التلف وعليه اليمين إن كذبه رب المال لأنه أمين؛ فإن لم يحتمل لم يقبل.

وهكذا لو ادعىٰ أنه جبر بالربح خسرانًا من بعد قبل قوله لاحتماله وعليه اليمين إن كذبه[1].

2- إذا أنكر العامل ثم أقر:

قال الحنفية: لو جحد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعي دفع المال إليه مضاربة فالقول قول المضارب، لأن رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله.

ولو جحد ثم أقر بأن دفع إلىٰ رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع إلي شيئًا ثم قال بلىٰ أستغفر الله العظيم قد دفعت إلي ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال؛ لأنه أمين والأمين إذا جحد الأمانة ضمن كالمودع وهذا، لأن عقد المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخًا له أو رفعًا له وإذا ارتفع العقد صار المال مضمونًا عليه كالوديعة؛ فإن اشترىٰ بها مع الجحود كان مشتريًا لنفسه؛ لأنه ضامن للمال فلا يبقىٰ حكم المضاربة، لأن من حكم المضارب أن يكون المال أمانة في يده؛ فإذا صار ضمينًا

---

(1) «الحاوي الكبير» (7/ 353)، و«البيان» (7/ 236)، و«روضة الطالبين» (3/ 764)، و«مغني المحتاج» (3/ 360)، و«نهاية المحتاج» (5/ 276)، و«النجم الوهاج» (5/ 284)، و«المغني» (5/ 45) و«المبدع» (5/ 37)، و«الإنصاف» (5/ 457)، و«كشاف القناع» (3/ 614).

لـم يبـق أمينًـا؛ فـإن أقـر بعـد الجحـود لا يرتفـع الـضمان، لأن العقـد قـد ارتفـع بالجحود فلا يعود إلا بسبب جديد.

فإن اشترىٰ بها بعد الإقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه؛ لأنه قد ضـمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه علىٰ المـضاربة ويـبرأ مـن الـضمان، لأن الأمـر بالـشراء لـم يرتفـع بـالجحود بـل هـو قـائم مـع الجحود، لأن الضمان لا ينافي الأمر بالشراء بدليل أن مـن غـصب مـن آخـر شيئًا فأمر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صـح الأمـر وإن كـان المغصوب مـضمونًا علىٰ الغاصـب وإذا بقـي الأمـر بعـد الجحـود؛ فـإذا اشـترىٰ بموجب الأمر وقع الشراء للآمر ولن يقع الشراء له إلا بعد انتفاء الضمان وصـار كالغاصب إذا باع المغصوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان كذا هذا..

ولو قال المضارب لرب المـال: دفعـت إليـك رأس المـال، والـذي في يـدي ربح، ثم قال: لم أدفع،لكنه هلك، فهو ضامن كالمودَع إذا ادعـىٰ رد الوديعـة، ثـم أقرّ أنه لم يرد ولكنه هلك.

ولو ادعىٰ المضارب الوضيعة، وقال رب المال: بل ربحت، فصولح بينهما برأس المال، لم يصح[1].

3- إذا خسر العامل فاستقرض لإكمال مال المضاربة خشية انتزاعه منه:

قال الشافعية: إذا قارض إنسانًا علىٰ ألف، فتصرف فيهـا فخـسر مئـة ونـض المال في يده تسع مئة، فخـاف مـن المالـك أن يـراه ناقـصًا فيسترجع منـه المـال فاستقرض من غيره مئة وأضافها إلىٰ المال، ثم عرضه علىٰ المالـك كـاملًا رجـاء

(1) «بدائع الصانع» (6/ 110، 111)، «مجمع الضمانات» (2/ 662).

أن يقره في يده فيرد القرض إلىٰ مالكه، ففسخ المالك العقد واسترد الألف.. فادعىٰ المقرض أن له في المال مئة أقرضه إياها وأنه يستحقها وأقام علىٰ ذلك بينة لم يقبل قوله ولم يكن له أخذ المائة؛ لأن المستقرض ملكها، وزال ملكه عنها إلىٰ رب المال، فصار بمنزلة ما لو تلفت في يده، ويكون حق المقرض في ذمة العامل.

ونقل المتولي عن الشافعي أنه نقل عن ابن القاسم صاحب مالك أن للمقرض أن يسترجع المائة من رب المال.

قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهذا غلط؛ لأن العامل ملكها بالقرض واعترف أن جميع المال حق المالك وسلمه إليه؛ فإذا رجع فيه.. لم يقبل رجوعه، والمقرض لم يعطه شيئًا فلا مطالبة له عليه[1].

وهو أيضًا قول الحنابلة فإنهم قالوا: ولو أن العامل خسر فقال لرجل أقرضني ما أتمم به رأس المال لأعرضه علىٰ ربه فإنني أخشىٰ أن ينزعه مني إن علم بالخسارة فأقرضه فعرضه علىٰ رب المال وقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره إن رجع ولا تقبل شهادة المقرض له؛ لأنه يجر إلىٰ نفسه نفعًا وليس له مطالبة رب المال، لأن العامل ملكه بالقرض ثم سلمه إلىٰ رب المال ولكن يرجع المقرض علىٰ العامل لا غير[2].

(1) «البيان» (7/ 236)، و«النجم الوهاج» (5/ 286).

(2) «المغني» (5/ 45)، و«كشاف القناع» (3/ 614).

فصل في انتهاء عقد المضاربة وبطلانها

ذكر الفقهاء عدة أسباب إذا حصل واحدة منها بطل عقد المضاربة وانتهىٰ وهي ما يلي:

1- إذا عزل رب المال المضارب:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلىٰ أن المضاربة تنفسخ إذا عزل رب المال المضارب أو نهاه عن التصرف، لأن المضاربة عندهم عقد جائز فيجوز لكل منهما فسخها.

قال الحنفية: عقد المضاربة غير لازم ولكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو:

1- علم صاحبه بالعزل؛ فإذا عزل رب المال المضارب فلم يعلم بعزله حتىٰ اشترىٰ وباع فتصرفه جائز؛ لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف علىٰ علمه.

2- وأن يكون المال ناضا؛ فإن علم المضارب بعزله، والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك؛ لأن المضاربة قد تمت بالشراء وصحت فلا يجوز له العزل بعد ذلك؛ لأن حقه قد ثبت في الربح، وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتنىٰ علىٰ رأس المال، وإنما ينض بالبيع.

فإذا باع العروض فلا يجوز له أن يشتري بثمنها شيئًا آخر؛ لأنها قد صارت نقدا.

ويشترط أيضًا أن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتىٰ لو نهىٰ رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهي لم يصح نهيه وله أن يبيعها؛ لأنه يحتاج إلىٰ بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهي والفسخ إبطالا لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ والنهي لكن له أن يصرف الدراهم إلىٰ الدنانير والدنانير إلىٰ الدراهم، لأن ذلك لا يعد بيعا لاتحادهما في الثمنية؛ فإذا كان رأس المال دنانير والذي نض[1] له دراهم، أو علىٰ العكس فله أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا؛ لأن الربح لا يظهر إلا به.

وإذا افترق رب المال والمضارب، وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم علىٰ اقتضاء الديون؛ لأنه بمنزلة الأجير؛ لأن الربح له كالأجرة، ولأن عمله حصل بعوض فيجبر علىٰ إتمامه كالأجير[2].

وقال الشافعية: القراض من العقود الجائزة لكل واحد منهما أن يفسخه متىٰ شاء من غير حضور الآخر ورضاه؛ -كما تقدم-.

ويحصل الفسخ بقوله فسخت عقد القران أو رفعته أو أبطلته أو لا تتصرف بعد هذا أو نحو ذلك وباسترجاع المال؛ فإن استرجع بعضه انفسخ فيه وبقي في الباقي وبإعتاقه واستيلاده له كالوكالة.

(1) قَوْلُهُمْ: «نَضَّ» أَيْ: صَارَ وَرِقًا وَعَيْنًا بَعْدَ مَا كَانَ مَتَاعًا، وَالنَّاضُّ عِنْدَ أَهْلِ الحِجَازِ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ.

(2) «بدائع الصانع» (6/ 109)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 460، 461)، و«الهداية» (3/ 209)، و«تبيين الحقائق» (5/ 207)، و«مجمع الضمانات» (2/ 664)، و«الفتاوىٰ الهندية» (4/ 339)، و«درر الحكام» (3/ 481).

ولو حبس العامل ومنعه التصرف أو قال: لا قراض بيننا أو باع ما اشتراه العامل للقراض عزل في أصح الوجهين. والوجه الآخر: لم ينعزل.

وقيل: بالفرق بين أن يكون له غرض أم لا.

وللعامل بعد الفسخ بيع مال القراض إذا توقع فيه ربحا كأن ظفر بسوق أو براغب فلا يشتري لارتفاع العقد مع كونه لاحظ له فيه.

ويلزم العامل الاستيفاء لدين مال القراض والربح معا على الصحيح إذا انفسخ القراض من أحدهما أو هما فيلزمه تنضيض جميع الدين ليرد كما أخذ.

وصورة المسألة: أن يكون المالك قد أذن له في المعاملة بالدين؛ فإذا انفسخ القراض وهناك دين.. لزم العامل أن يتقاضاه لينض سواء كان هناك ربح أم لا.

ويلزم العامل أيضًا تنضيض رأس المال إن كان ما بيده عند الفسخ عرضًا وطلب المالك تنضيضه سواء أكان في المال ربح أم لا على الصحيح من المذهب، فيصيره نقدًا ليرده كما أخذه. وكذلك الحكم لو كان ما بيده نقدًا من غير جنس رأس المال أو من جنسه ولكن من غير صفته كالصحاح والمكسرة فكالعروض.

ولو أبطل السلطان النقد الذي جرى عليه القراض والمال عرض رد من الأول.

وقيل: من الحادث.

فإن لم يطلب المالك التنضيض لم يجب إلا أن يكون المال المحجور عليه وحظه في التنضيض فيجب.

ولو قال المالك لا تبع ونقسم العروض بتقويم عدلين أو قال أعطيك نصيبك من الربح ناضًا أجيب وكذا لو رضي بأخذ العروض من العامل بالقيمة ولم يزد راغب فلو حدث بعد ذلك غلاء لم يؤثر .

وخرج بقدر رأس المال الزائد عليه فلا يلزمه تنضيضه بل هو عرض اشترك فيه اثنان لا يكلف أحدهما بيعه، نعم لو كان بيع بعضه ينقص قيمته كالعبد لزمه تنضيض الكل.

وليس للعامل تأخير البيع إلىٰ موسم رواج المتاع؛ لأن حق المالك معجل.

وقيل: لا يلزم العامل التنضيض إذا لم يكن ربح إذ لا فائدة له فيه؛ لأن الغرض من البيع أن يظهر الربح فيصل العامل إلىٰ حقه منه، وقد زال هذا المعنىٰ.

ولو استرد المالك بعض مال القراض قبل ظهور ربح وخسران فيه رجع رأس المال إلىٰ ذلك الباقي بعد المسترد؛ لأنه لم يترك في يده غيره فصار كما لو اقتصر في الابتداء علىٰ إعطائه له، فلو كان مئة فاسترد عشرة، صار رأس المال تسعين؛ لأنه لم يبق في يده غيره.

وإن استرد المالك بغير رضا العامل بعد ظهور الربح فالمسترد منه شائع ربحا ورأس مال؛ لعدم التمييز، وذلك علىٰ النسبة الحاصلة من جملة الربح ورأس المال لا يلحقه حكم الباقي لاستقرار ملك العامل علىٰ ما يخصه من الربح بحسب الشرط فلا يسقط بما يحصل من الخسران بعده.

أما إذا كان الاسترداد برضا العامل؛ فإن قصد هو والمالك الأخذ من الأصل اختص به أو من الربح فكذلك لكن يملك العامل مما بيده مقدار ذلك

علىٰ الإشاعة وإن أطلقا حمل علىٰ الإشاعة وحينئذ الأشبه كما قال ابن الرفعة أن تكون حصة العامل قرضًا نقله عنه الإسنوي وأقره ثم قال وإذا كان الاسترداد بغير رضاه لا ينفذ تصرفه في نصيبه وإن لم يملكه بالظهور.

مثاله: رأس المال مائة من الدراهم والربح عشرون منها واسترد المالك من ذلك عشرين فالربح في هذا المثال سدس جميع المال وحينئذ فيكون المسترد وهو العشرون سدسه وهو ثلاثة دراهم وثلث يحسب من الربح فيستقر للعامل المشروط منه وهو درهم وثلثان إن شرط له نصف الربح.

وباقيه أي المسترد وهو ستة عشر وثلثان من رأس المال فيعود رأس المال إلىٰ ثلاثة وثمانين وثلث فلو عاد ما في يده إلىٰ ثمانين لم يسقط ما استقر له بل يأخذ منها درهما وثلثي درهم ويرد الباقي وهو ثمانية وسبعون درهما وثلث درهم.

وإن استرد المالك بعضه بعد ظهور الخسران فالخسران موزع علىٰ المسترد والباقي بعده وحينئذ فلا يلزم جبر حصة المسترد وهو عشرون لو ربح المال بعد ذلك؛ لأنه لو رد الجميع بعد الخسران لم يلزمه شيء، ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران.

مثاله: المال - أي رأس المال - مائة والخسران الحاصل فيه عشرون ثم استرد المالك عشرين فربع العشرين التي هي جميع الخسران حصة المسترد منها خمسة فكأنه استرد خمسة وعشرين ويعود بعد ذلك رأس المال الباقي بعد المسترد وبعد حصته من الخسران إلىٰ خمسة وسبعين، لأن الخسران إذا

وزعناه علىٰ الثمانين خص كل عشرين خمسة والعشرون المستردة حصتها خمسة فيبقىٰ ما ذكره فلو ربح بعد ذلك شيئًا قسم بينهما ربحا علىٰ حسب ما شرطاه[1].

وقال الحنابلة: المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه؛ لأنه متصرف في مال غيره فهو كالوكيل ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده.

فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسما الربح علىٰ ما شرطاه.

وإن انفسخت المضاربة والمال عرض فاتفقا علىٰ بيعه أو قسمه أو أخذه جاز، لأن الحق لهما لا يعدوهما فيقوم العرض عليه ويدفع حصة العامل؛ لأنه أسقط من العامل البيع.

وإن قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح بأن كان العامل اشترىٰ خزا في الصيف ليربح في الشتاء أو يرجو دخول موسم أو قفل؛ فإن حقه يبقىٰ من الربح، لأن أصل المذهب أن الحيل لا أثر لها.

وإذا ارتفع السعر بعد ذلك أي بعد التقويم علىٰ المالك ودفعه حصة العامل لم يكن للمضارب أن يطالب بقسطه علىٰ الصحيح من المذهب كما لو ارتفع بعد بيعه لأجنبي.

---

(1) «روضة الطالبين» (3/ 761، 762)، و«البيان» (7/ 197)، و«مغني المحتاج» (3/ 357، 360)، و«نهاية المحتاج» (5/ 272، 276)، و«النجم الوهاج» (5/ 280، 283)، و«الديباج» (2/ 439، 441).

وإذا لم يرض رب المال أن يأخذ عرضًا وطلب البيع أو طلبه ابتداء من غير فسخ المضاربة فله ذلك ويلزم المضارب بيعه مطلقًا علىٰ الصحيح من المذهب وإن لم يكن فيه ربح وقبض ثمنه، لأن عليه رد المال نضًا كما أخذه.

وقيل: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح أو كان فيه ربح وأسقط العامل حقه منه.

وإن طلب العامل البيع وأبىٰ رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال علىٰ البيع، لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وإن لم يظهر ربح لم يجبر؛ لأنه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر علىٰ بيعه.

وإن طلب رب المال البيع وأبىٰ العامل ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر العامل علىٰ البيع، لأن عليه رد المال ناضا كما أخذه.

والثاني: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح؛ لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبيًّا من المال فأشبه الوكيل إذا اشترىٰ ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده.

ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو دراهم فصار دنانير فهو كما لو كان عرضا علىٰ ما شرح. إن رضيه رب المال وإلا لزم العامل إعادته كما كان.

وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي؛ لأنه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولأنه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد رأس ماله علىٰ صفته ولا يوجد هذا المعنىٰ في الربح. وهذا علىٰ المذهب إنما يلزمه البيع في مقدار رأس المال والصحيح من المذهب يلزمه في الجميع.

وإن انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، لأن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته والديون لا تجري مجرىٰ الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضًا ويفارق الوكيل فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال.

فإن اقتضىٰ منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضًا؛ لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما علىٰ وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلىٰ حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه[1].

وذهب المالكية إلىٰ أن لكل من رب المال والعامل فسخ القراض قبل قبل الشروع في العمل: أي شراء السلع بالمال، لأن عقده غير لازم بإجماع.

ولرب القراض فقط الفسخ إن تزود العامل من مال القراض ولم يظعن من بلده- أي يشرع في السفر- إذ لا ضرر عليه في ذلك، وإنما الضرر علىٰ رب المال فيما صرف من ماله.

وليس للعامل حينئذ فسخ بل الكلام لرب المال دون العامل، لأن التزود من مال القراض بالنسبة للعامل عمل فيلزمه تمامه، إلا أن يلتزم له العامل غرم ما اشترىٰ به الزاد لرب المال؛ فإن تزوّد العامل من ماله فله الفسخ لا لرب المال، إلا أن يدفع له رب المال ما غرمه في الزاد.

(1) «المغني» (5/ 38)، و«الشرح الكبير» (5/ 171)، و«المبدع» (5/ 32)، و«الإنصاف» (4/ 446، 488)، و«كشاف القناع» (3/ 610)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 582، 583).

وإلا بأن عمل فيه في الحضر أو ظعن في السفر فلنضوض المال ببيع السلع، ولا كلام لواحد منهما في فسخه. فيبقىٰ المال تحت يد العامل لنضوضه، والنضوض خلوص المال ورجوعه عينا كما كان وبه تم العمل فليس للعامل تحريك المال بعده في الحضر إلا بإذن وجاز في السفر إلىٰ أن يصل لبلد القراض إلا لمنع من رب المال للعامل عن التحريك في السفر بعد النضوض فليس له التحريك حينئذ.

وإن طلب أحدهما نضوضه ببيع سلعة ليظهر المال، وطلب الآخر الصبر لغرض كزيادة ربح؛ نظر الحاكم فيما هو الأصلح من تعجيل أو تأخير لسوق يرجوه ونحوه أخره فيحكم به وإلا أمر ببيعه.

فإن اتفقا علىٰ نضوضه جاز كما لو اتفقا علىٰ قسمة العروض بالقيمة؛ فإن لم يكن حاكم شرعي فجماعة المسلمين ويكفي منهم اثنان أو واحد عارف يرضيانه[1].

وقد تقدم هذا التفصيل في حكم القراض هل هو عقد لازم أم جائز لكن أعده هنا لأهميته.

2- إذا مات ربّ المال أو العامل:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلىٰ أنه إذا مات رب المال أو المضارب بطل عقد المضاربة أما موت المضارب: فلأن عقد المضاربة عُقِد له، دون غيره، فأشبه الوكالة وموت الوكيل يبطل الوكالة.

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 308، 309)، و«تحبير المختصر» (4/ 531، 532)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 223)، و«التاج والإكليل» (4/ 434، 435)، و«مواهب الجليل» (7/ 352)، و«البهجة الوردية» (2/ 257)، و«حاشية الصاوي» (8/ 524، 425).

وأما موت رب المال: فلأن المضاربة تصرف بالإذن، والموت يزيل الإذن، ولأن المضاربة توكيل، وموت الموكل يبطل الوكالة.

وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي، فلا يقف علىٰ العلم كما نص علىٰ ذلك الحنفية[1].

وقال الشافعية: وإذا كان الميت المالك.. فللعامل البيع واستيفاء الديون بغير إذن الوارث، بخلاف ما إذا مات العامل.. فإنه لا يملك وارثه البيع والاستيفاء دون إذن المالك؛ لأنه لم يرض بتصرفه؛ فإن أذن المالك لورثته بالبيع والتنضيض فذاك، وإلا تولاه أمين من جهة الحاكم.

ولو أراد الاستمرار علىٰ العقد؛ فإن كان المال ناضًا فلهما ذلك، بأن يستأنفا عقدًا بشرطه، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة، وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير، بأن يقول الوارث، أو القائم بأمره: تركتك أو قررتك علىٰ ما كنت عليه فيه وجهان: أصحهما نعم؛ لفهم المعنىٰ.

وإذا كان المال عرضًا ففي جواز تقريره علىٰ القراض وجهان: أصحهما المنع، لأن القراض الأول انقطع بالموت، ولا يجوز ابتداء القراض علىٰ عرض.

ولا يجوز تقرير وارثه علىٰ القراض إذا كان المال عرضًا؛ فإن كان ناضًا فلهما ذلك بعقد مستأنف.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 112)، و«الهداية» (3/ 208)، و«العناية شرح الهداية» (12/ 167)، و«مختصر الوقاية» (2/ 192)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 459)، و«الاختيار» (3/ 27)، و«اللباب» (1/ 546)، و«درر الحكام» (3/ 487).

فإن كان رأس مال الميت مائة والربح مائتين وجدد الوارث العقد مع العامل مناصفة كما كان بلا قسمة فرأس مال الوارث مائتان من ثلاث المائة والمائة الباقية للعامل فعند المقاسمة يأخذها وقسطها من الربح ويأخذ الوارث رأس ماله مائتين ويقتسمان ما بقي(1).

وقال الحنابلة: إن كان الميت -أو المجنون ونحوه هو - العامل وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارث العامل أو مع وليه إن لم يكن الوارث جائز التصرف والمال ناض جاز لعدم المانع ويكون رأس المال الذي أعطاه الموروث وحصته من الربح رأس مال، وحصة العمل من الربح شركة له مشاع وهذه الإشاعة لا تمنع صحة العقد، لأن الشريك هو العامل، وذلك لا يمنع التصرف.

وإن كان المال عرضا وأراد الوارث مع العامل إتمامه لم يجز القراض عليه، لأن القراض قد بطل بالموت ودفع العرض إلىٰ الحاكم فيبيعه ويقسم الربح علىٰ ما شرطا عند ابتداء المضاربة ولا يبيعه أحدهما بغير إذن الآخر لاشتراكهما فيه.

وظاهر كلام أحمد جوازه؛ لأنه قال في رواية علي بن سعيد: إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ولا يشتري إلا بإذن الورثة فظاهر هذا بقاء العامل علىٰ قراضه، لأن هذا إتمام للقراض لا ابتداء له، ولأن القراض إنما منع في العروض؛ لأنه يحتاج عند المفاصلة إلىٰ رد مثلها أو قسمتها ويختلف ذلك باختلاف الأوقات وهذا غير موجود ها هنا، لأن رأس المال غير العروض وحكمه باق ألا ترىٰ أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي.

---

(1) «البيان» (7/ 227، 229)، و«روضة الطالبين» (3/ 762، 763)، و«مغني المحتاج» (3/ 357)، و«نهاية المحتاج» (5/ 272، 273)، و«النجم الوهاج» (5/ 281).

والوجه الأول أقيس، لأن المال لو كان ناضا كان ابتداء قراض وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال وإن كان المال ناضا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ها هنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتهما من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصا وهذا لا يجوز في القراض بغير خلاف وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشتري بإذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض.

وللعامل بيع عروض، واقتضاء ديون.

وإن كان الميت -أو المجنون ونحوه - هو العامل وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو وليه؛ فإن كان ناضا جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال وإن كان عرضا لم يجز ابتداء القراض إلا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد، لأن الذي كان منه العمل قد مات أو جن وذهب عمله ولم يخلف أصلا بين وعليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال؛ فإن المال المقارض عليه موجود ومنافعه موجود فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه.

وعلى الأول يدفع العرض إلى الحاكم فيبيعه ويقسم الربح على ما شرطا عند ابتداء المضاربة ولا يبيعه أحدهما بغير إذن الآخر لاشتراكهما فيه[1].

(1) «المغني» (5/ 39)، و«كشاف القناع» (3/ 611، 612)، و«شرح منتهى الإرادات» (3/ 584).

وقال المالكية: لا ينفسخ عقد القراض بموت العامل؛ وإنما لم ينفسخ ارتكابًا لأخف الضررين وهما ضرر الورثة في الفسخ وضرر ربه في إبقائه عندهم ولا شك أن ضرر الورثة بالفسخ أشد ضررًا لضياع حقهم في عمل مورثهم.

فإن مات العامل قبل نضوض المال وله وارث أمين ولو كان دون أمانة من مورثهم أن يكمله علىٰ حكم ما كان مورثه، فإن لم يكن أمينًا فعليه أن يأتي بأمين كالميت في الأمانة والثقة؛ فإن لم يجد أمينًا سلم الورثة المال لربه هدرا أي بغير شيء من ربح أو أجرة، لأن عمل القراض كالجعل لا يستحق العامل فيه شيئًا إلا بتمام العمل.

وهذا إذا مات العامل بعد الشروع في العمل؛ فإن مات قبل أن يعمل فيه فالمال لصاحبه.

وإن مات رب المال قبل أن يعمل المقارض فيه ويشخص فأحب الورثة أو الوصي أخذ المال فذلك لهم وأن أحبوا أقروه علىٰ قراضه وليس لهم أن ينتزعوا المال إذا كان قد شرع فيه بالعمل والتجارة ولو تجهز منه طعاما أو كسوة لسفره ثم مات رب المال وأراد الورثة رد القراض اخذوا ما تجهز به بعينه ولم يضمنوه ما نقص ذلك.

وإذا مات رب المال والحال أن العامل ببلد رب المال والمال بيده عينا ثم حركه العامل بعد موت رب المال وعلمه بموته فإنه يكون ضامنا لتعديه، لأن المال انتقل إلىٰ الورثة بمجرد الموت أما لو كان المال عرضا فحركه فلا ضمان عليه وليس للورثة أن يمنعوه من التصرف فيه وهم في ذلك كمورثهم سواء وكذلك لا ضمان عليه إذا اتجر قبل علم موته.

ولا ضمان إذا لم يكن العامل في بلد رب المال ولو قربت الغيبة وينبغي أن تكون الغيبة القريبة كالحاضر وإذا فعل به بعد علمه بموته فإنه يضمن سواء اتجر لنفسه أو للقراض والربح له إن اتجر لنفسه وإلا فلا، وأما إن اتجر به قبل العلم فخسر فإنه يضمن لخطئه علىٰ مال الوارث وقيل لا يضمن، لأن له شبهة وهذا هو المعتمد[1].

حكم الربح الحاصل بعد موت رب المال:

سئل شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عن رجل دفع مالًا مضاربة ومات، فعمل فيه العامل بعد موته بغير إذن الورثة، فهل تنفسخ المضاربة؟ وما حكم الربح بعد موت المالك؟

فأجاب:

نعم تنفسخ المضاربة بعد موت المالك؛ ثم إذا علم العامل بموته وتصرف بلا إذن المالك لفظًا أو عرفًا، ولا ولاية شرعية، فهو غاصب.

وقد اختلف العلماء في الربح الحاصل في هذا: هل هو للمالك فقط، كنماء الأعيان؟ أو للعامل فقط؟ لأن عليه الضمان أو يتصدقان به، لأنه ربح خبيث؟ أو يكون بينهما؟ علىٰ أربعة أقوال:

أصحها الرابع وهو: أن الربح بينهما كما يجري به العرف في مثل ذلك، وبهذا حكم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ فيما أخذه بنوه من مال بيت المال فاتجروا فيه بغير استحقاق، فجعله مضاربة، وعليه اعتمد الفقهاء في «باب

[1] «المدونة الكبرىٰ» (12/ 130)، و«الكافي» (386)، و«الاستذكار» (7/ 27)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 309)، و«تحبير المختصر» (4/ 532)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 213، 223)، و«التاج والإكليل» (4/ 435)، و«مواهب الجليل» (7/ 352).

المضاربة»، لأن الربح نماء حاصل من منفعة بدن هذا، ومال هذا، فكان بينهما، كسائر النماء الحادث من أصلين، والحق لهما لا يعدوهما، ولا وجه لتحريمه عليهما، ولا لتخصيص أحدهما به.

وإيجاب قسط مثله من الربح أصح من قول من يوجب أجرة المثل؛ فإن المال قد لا يكون له ربح، وقد تكون أجرته أضعاف ربحه، وبالعكس وليس المقصود من هذه المشاركات العمل حتىٰ يستحق عليه أجرة، ولا هي عقد إجارة؛ وإنما هي أصل مستقل وهي نوع من المشاركات، لا من المؤاجرات حتىٰ يبطل فيها ما يبطل فيها، فمن أوجب فيها ما لا يوجب فيها، فقد غلط.

وإن كان جرىٰ بين العامل والورثة من الكلام ما يقتضي في العرف أن يكون إبقاء لعقد المضاربة، استحق المسمىٰ له من الربح، وكان ذلك مضاربة مستحقة وإذا أقر بالربح لزمه ما أقر به، فإن ادعىٰ بعد ذلك غلطًا لا يعذر في مثله لم يقبل قوله. وإن كان يعذر في مثله ففي قبوله خلاف مشهور، وليس له أن يدفع المال إلىٰ غيره إلا بإذن المالك، أو الشارع. ومتىٰ فعل كان ضامنًا للمال، سواء كان دفعه بعقد صحيح، أو فاسد فما ضمن بالعقد الصحيح، ضمن بالفاسد، وما لم يضمن بالصحيح لم يضمن بالفاسد.

وأما إن كان المال غصبًا فهو ضامن بكل حال، ومتىٰ فرّط العامل في المال، أو اعتدىٰ، فعليه ضمانه، وكذلك العامل الثاني إذا جحد الحق، أو كتم المال الواجب عليه، أو طلب التزامهم إجارة لغير مسوغ شرعي، أثم بذلك، وعلىٰ ولي الأمر إيصال الحقوق إلىٰ مستحقيها. والله أعلم[1].

---

(1) «مجموع الفتاوىٰ» (30/ 87، 88).

من مات وعنده قراض:

قال الحنفية: لو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فإنه يعود دينا فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده أمانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه دينا في تركته؛ لأنه صار بالتجهيل مستهلكًا للوديعة ولا تصدق ورثته علىٰ الهلاك والتسليم إلىٰ رب المال.

ولو عين الميت المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك أمانة في يد وصيه أو في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون علىٰ الهلاك والدفع إلىٰ صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته[1].

قال المالكية: من مات وعنده قراض أو وديعة أو بضاعة؛ فإن وجد في تركته بعينه وثبت؛ أُخذ بعينه، وإن لم يوجد ذلك في تركته بعينه ولم يوص ولم يعلم أنه رده إلىٰ ربه ولا ادعىٰ تلفه ولا ما يسقطه فإنه يؤخذ من تركته المثل أو القيمة لاحتمال أن يكون أنفقه أو ضاع منه بتفريط بعد أن يحلف رب المال أنه لم يصل إليه ولا قبض منه شيئًا وهذا ما لم يتقادم الأمر كعشر سنين فإنه يحمل علىٰ رده لربه كما في الوديعة ولا تقبل دعوىٰ ربه أنه باق.

---

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 115)، وابن عابدين (8/ 351)، وقد نقل ابن عابدين: أن الأمانات تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: متولي الأوقاف إذا مات ولم يعرف حال غلتها الذي أخذ ولم يبين لا ضمان عليه.

الثانية: إذا خرج السلطان إلىٰ الغزو وغنموا فأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه.

الثالثة: أن أحد المتفاوضين إذا مات وفي يده مال الشركة.

فإن ادعىٰ وارثه أن الميت قد رده أو تلف بسماوي أو بغير تفريط: فقال العوفي: قبل قوله: وقال أبو علي: هذا خطأ، ومجرد قول الوارث ما ذكر لا يقبل كما هو ظاهر القول.

وحاص رب القراض والبضاعة والوديعة الغرماء في المال المخلف عن الميت.

وإن أوصىٰ أو أقر في مرضه أو في صحته بقراض لزيد أو بوديعة فإنه يؤخذ ذلك بعينه ويقدم علىٰ غرماء المقر وسواء كان علىٰ أصل ذلك القراض أو الوديعة بينة أم لا حيث كان غير مفلس؛ فإن كان مفلسًا فلا يقبل تعيينه القراض والوديعة إلا إذا قامت بينة بأصله سواء كان مريضًا أو صحيحًا[1].

وقال الشافعية: إذا مات العامل ولم يعرف مال القراض من غيره فهو كمن مات وعنده وديعة ولم يعرف عينها. وفيها إذا لم توجد الوديعة بعينها فهذا علىٰ ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم تلفها بغير تفريط إما بوصية الميت أو ببينة تشهد بذلك فلا ضمان في تركة الميت، فإن أكذب المالك الميت في وصيته بتلفها فله إحلاف الورثة ثم هم براء.

والقسم الثاني: أن يعلم أنها تلفت بتفريطه وتعديه إما بوصية أو ببينة تشهد له بذلك، فهي مضمونة في ماله ويحاص المالك بها جميع الغرماء.

---

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 313، 314)، و«الذخيرة» (6/ 58)، و«تحبير المختصر» (4/ 534، 535)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 226)، و«التاج والإكليل» (4/ 437، 438)، و«حاشية الصاوي» (8/ 432).

والقسم الثالث: أن يجهل حالها فقد قال الشافعي: ويحاص رب الوديعة الغرماء، قال الماوردي: فاختلف أصحابنا في ذلك على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو ظاهر كلام الشافعي: أنها مضمونة في تركة الميت، وهو قول أبي حنيفة، لأن الظاهر من ثبوت يده عليها أنها تلفت بفعله.

والمذهب الثاني: أنها غير مضمونة في تركته وهو قول ابن أبي ليلى، لأن الأصل بقاؤه على أمانته.

والمذهب الثالث: أنه إن وجد في تركته من جنسها كانت مضمونة فيها، وإن لم يوجد من جنسها شيء في تركته لم يضمن، وهذا قول أبي حامد المروزي، لأن الظاهر من وجود جنسها أنها فيه أو منه.

والمذهب الرابع: أنه إن ذكر في وصيته عند موته أن عنده وديعة كانت مضمونة في تركته، وإن لم يذكر ذلك لم يضمن، لأنه لا يوصي بالوديعة إلا وهي عنده أو عليه، ثم إذا صارت على ما ذكرنا من هذه الوجوه مضمونة في تركته؛ فإن لم يكن في التركة من جنسها شيء حاص رب الوديعة بها جميع الغرماء، وإن كان في التركة شيء من جنسها فيه وجهان:

أحدهما: يتقدم بها على الغرماء اعتبارا بالظاهر من الجنس أنه منها.

والوجه الثاني: يكون أسوتهم ولا يتقدم عليهم اعتبارا باليقين في الاشتراك[1].

وقال الدميري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: مات العامل ولم نجد مال القراض بعينه في تركته.. أفتى ابن الصلاح وفاقًا لصاحبي (البيان) و(الشامل) بأنه يضمن، ولا شك أنه أولى بالتضمين من المودع؛ لأن الوديعة ليس له التصرف فيها بخلاف القراض، وصرح الخوارزمي بعكس ما قاله ابن الصلاح وغيره.

---

(1) «الحاوي الكبير» (8/ 380)، و«روضة الطالبين» (3/ 768)، و«البيان» (8/ 432).

وقال الشيخ: إن وجد في التركة ما يمكن أن يكون اشترى بمال القراض.. يوفى القراض منه مقدمًا على الديون، وإن لم يوجد ما يحتمل.. فلا ضمان، وتختص التركة بالغرماء والورثة، والمسألتان في غاية الإشكال؛ لتعارض الأمانة ووجوب الأداء وبراءة الذمة وبقاء المال[1].

وقال الحنابلة: إن مات المضارب فجأة أو على غير فجأة ولم يعرف مال المضاربة لعدم تعيين العامل للمال وجهل بقاؤه فهو دين في تركة العامل لصاحبه أسوة الغرماء، لأن الأصل بقاء المال في يد الميت واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل إلى معرفة عينه فكان دينا ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق مالك المال ولا إلى إعطائه عينا من التركة لاحتمال أن تكون غير عين ماله فلم يبق إلا تعلقه بالذمة وكذلك الوديعة إذا مات الوديع وجهل بقاؤه.

ومثله لو مات وصي وجهل بقاء مال موليه فيكون دينا في تركته.

وعن الإمام أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يكون دينا في تركته إلا إذا مات غير فجأة[2].

من دفع مال لآخر وقال اعمل فيه بعد موتي:

نص الشافعية على أن الإنسان لو دفع آخر إليه مالا وقال إذا مت فتصرف فيه بعد موتي بالبيع والشراء قراضًا على أن لك نصف الربح فمات لم يصح ولا يجوز له التصرف بعد موته؛ لأنه تعليق ولبطلان القراض بموته لو صح بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة عين؛ لأنه تعليق[3].

---

(1) «النجم الوهاج» (5/ 286، 287).

(2) «المغني» (5/ 37)، و«المبدع» (5/ 34)، و«الإنصاف» (5/ 451)، و«كشاف القناع» (3/ 611).

(3) «روضة الطالبين» (3/ 768)، و«مغني المحتاج» (3/ 361)

3- جنون أحد المتعاقدين:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلىٰ أن المضاربة تبطل بجنون أحدهما إذا كان جنونا مطبقًا، لأنه يبطل أهليه الأمر للآمر، وأهلية التصرف للمأمور وكذا الإغماء علىٰ الصحيح عند الشافعية وقيل: إن الإغماء لا يوجب العزل ولا يسلب الولايات[1].

4- الحجر عليه لسفه:

ذكر الحنابلة أنه لو حجر عليه لسفه انفسخ القراض؛ لأنه عقد جائز من الطرفين فبطل بذلك كالوكالة وكذا لو توسوس بحيث لا يحسن التصرف[2].

5- ارتداد رب المال عن الإسلام:

قال الحنفية: إذا ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة، لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترىٰ أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه؛ لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه؛ فإن رجع إلىٰ دار الإسلام مسلمًا جازت المضاربة، ولم تبطل.

وإن كان المضارب قد اشترىٰ بالمال عرضًا فارتد رب المال بعد ذلك ولحق بدار الحرب فبيع المضارب لذلك العرض جائز؛ لأنه لو مات في هذه الحالة لم ينعزل فلا ينعزل بردته قبل الحكم بلحاقه.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 112)، و«روضة الطالبين» (3/ 763)، و«مغني المحتاج» (3/ 357)، و«نهاية المحتاج» (5/ 272، 273)، و«النجم الوهاج» (5/ 281)، و«المغني» (5/ 38)، و«كشاف القناع» (3/ 611).

(2) «كشاف القناع» (3/ 611).

والأصل أن ملك المرتد موقوف عند أبي حنيفة فتصرفه كذلك وعند أبي يوسف ومحمد الردة لا تؤثر في حكم الأملاك فتصرف المضارب في حال ردة رب المال جائز؛ فإن مات رب المال، أو قتل، أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت أيضًا عندهما؛ لأن هذه الأسباب تزيل الأملاك عندهما أيضًا.

وإن كان المضارب هو المرتد فالمضاربة علىٰ حالها في قولهم جميعًا؛ فإن مات المضارب، أو قتل، أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت المضاربة؛ لأن هذه الأشياء كالموت.

وأما المرأة فارتدادها وغير ارتدادها سواء إجماعًا سواء كانت هي صاحبة المال، أو المضاربة إلا أن تموت، أو تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها؛ لأن ردتها لا تؤثر في أملاكها فكذا لا تؤثر في تصرفها[1].

6- هلاك مال المضاربة:

مال المضاربة إما أن يهلك كله وإما أن يهلك بعضه وأيضًا إما أن يهلك قبل الشراء به وإما أن يهلك بعد الشراء به ولكل حكمه.

قال الحنفية: تبطل المضاربة بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئًا؛ لأنه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة.

وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه إلىٰ غيره فاستهلكه لما قلنا حتىٰ لا يملك أن يشتري به شيئًا للمضاربة.

(1) «بدائع الصنائع» (6/ 112)، و«الهداية» (3/ 208)، و«الاختيار» (3/ 27)، و«الجوهرة النيرة» (3/ 459، 460)، و«اللباب» (1/ 546).

هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئًا؛ فإن هلك بعد الشراء بأن كان مال المضاربة ألفا فاشترىٰ بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتىٰ هلكت الألف فالجارية علىٰ المضاربة ويرجع علىٰ رب المال بالألف فيسلمها إلىٰ البائع وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها علىٰ رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبدا حتىٰ يسلم إلىٰ البائع ويكون ما دفعه أولا رب المال وما غرم كله من رأس المال؛ وإنما كان كذلك، لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير أن الفرق بين الوكيل والمضارب أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلىٰ الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع علىٰ الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل، لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح؛ فإذا اشترىٰ فقد حصل المقصود فانتهىٰ عقد الوكالة بانتهائه ووجب علىٰ الوكيل الثمن للبائع؛ فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل علىٰ الموكل مثل ما وجب للبائع عليه؛ فإذا قبضه مرة فقد استوفىٰ حقه فلا يجب له عليه شيء آخر فأما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء، لأن المقصود منها الربح ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرىٰ؛ فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانيًا وثالثًا وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال؛ لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة، ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يعتبر ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك مجانا يتضرر به رب المال؛ لأنه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز.

ولو قبض المضارب الألف الأولىٰ فتصرف فيها حتىٰ صارت ألفين ثم اشترىٰ بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع فإنه يرجع علىٰ رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أرباعها علىٰ المضاربة[1].

وقال المالكية: إن تلف جميع مال المضاربة من يد العامل انفسخ العقد.

وإن تلف بعض المال بيد العامل قبل العمل أو بعده أو خسره أو أخذه اللصوص أو العشار ظلمًا أو تلف بآفة سماوية لم يضمنه العامل وظل القراض قائما فيما بقي علىٰ المشهور ويجبر[2] بما ربح به أصل المال فما بقي بعد تمام رأس المال الأول كان بينهما علىٰ ما شرطًا.

ولو كان العامل قد قال لرب المال: لا أعمل حتىٰ تجعل ما بقي رأس المال ففعل وأسقطا الخسارة فهو أبدا علىٰ القراض الأول وإن حاسبه وأحضره ما لم يقبضه منه رب المال بعد الخسارة والتلف ثم يرده منه علىٰ باب الصحة والبراءة فلا يجبر بالربح بعد ذلك؛ لأنه بعد قبض مالكه قراض ثان مؤتنفًا علىٰ المشهور ومعلوم أن الجبر إنما يكون إذا بقي شيء من المال؛ فإن تلف جميعه فأتاه ربه ببدله فربح الثاني فلا يجبر ربحه الأول؛ لأنه قراض ثان وهو ظاهر.

ونقل ابن حبيب عن مالك وغيره ممن لقيه من أصحاب مالك: أنه إذا أخبره بما نقص، وقال اعمل بما بقي وقد أسقطت عنك قراض ما ذهب، إنه قراض مؤتنف.

---

(1) «بدائع الصانع» (6/ 113).

(2) أما إن تلف بجناية فلا يجبر الربح لأنه يتبع به الجاني سواء كان الجاني أجنبيًا أو كان هو العامل وسواء كانت الجناية قبل العمل أو بعده.

وإذا دفع رب المال للعامل المال ثم اشترىٰ العامل سلعة ثم ضاع المال فرب المال مخير بين أن يخلفه -أي يدفع بدل ما تلف للعامل ليتجر به- أو لا يخلفه سواء تلف بعضه أو كله وسواء كان التلف قبل العمل أو بعده؛ فإن أخلفه رب المال لزم العامل القبول إن تلف البعض لا الكل إن كان التلف بعد العمل وإن تلف قبل العمل لم يلزمه، لأن لكل منهما الفسخ قبل العمل.

وفي تلف الجميع يكون الثاني قراضًا مؤتنفًا ولا يجبر خسر الأول بالثاني وفي تلف البعض يكون رأس المال الأول ويجبر خسر الأول بالثاني.

وإذا اشترىٰ العامل سلعة للقراض فذهب ليأتي لبائعها بثمنها فوجد المال قد ضاع وأبىٰ رب المال خلفه لزمت العامل السلعة التي اشتراها إن تلف الجميع حيث لم يخلف رب المال ما تلف أو أخلفه وأبىٰ العامل قبوله فيكون له ربحها وخسارتها، وأما إذا أخلف رب المال ما تلف وقبله العامل فإنها تكون علىٰ القراض.

وأما إذا اشترىٰ بجميع المال سلعة وتلف بعض المال قبل إقباضه وبعد الشراء ولم يخلف ما تلف رب المال وأخلفه العامل فإنه يفض الربح علىٰ ما دفع العامل من ثمن السلعة وعلىٰ ما دفع فيها من رأس المال فما ناب ما دفع فيها من رأس المال فإنه يجبر به الخسر؛ فإن فضلت منه فضلة كانت بينهما علىٰ ما شرطا، وأما ما ينوب ما دفعه العامل فيختص به[1].

(1) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 299، 300)، و«تحبير المختصر» (4/ 522، 523)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 216، 2147)، و«التاج والإكليل» (4/ 427، 428)، و«منح الجليل» (7/ 356)، و«حاشية الصاوي مع الشرح الصغير» (8/ 418، 419).

وقال الشافعية: النقص الحاصل في مال القراض بالرخص أو العيب أو المرض الحادثين محسوب من الربح ما أمكن الحساب منه ومجبور ذلك النقص بالربح لاقتضاء العرف ذلك.

وكذا لو تلف بعض مال القراض بآفة سماوية كحرق وغرق أو غصب أو سرقة وتعذر أخذه أو أخذ بدله بعد تصرف العامل فيه بالبيع أو الشراء محسوب من الربح في الأصح ؛ لأنه نقص حصل في المال فيجبر بالربح كالنقص الحاصل بالرخص قياسًا علىٰ ما سبق، لأن العامل إنما يستحق من الفاضل عن رأس المال.

والثاني وهو مقابل الأصح-: لا؛ لأنه نقص لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته بخلاف الحاصل بالرخص وليس ناشئا من نفس المال بخلاف المرض والعيب.

وما ذكره من صورة الغصب والسرقة هو فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف، فإن أخذ.. استمر القراض فيه كما كان، والمخاصم المالك فقط إن لم يكن في المال ربح، وهما جميعًا إن كان فيه ربح.

وقيل: للعامل المخاصمة مطلقًا حفظًا للمال.

وإن تلف بعض المال بما ذكر قبل تصرفه فيه ببيع أو شراء فيحسب ما تلف من رأس المال لا من الربح في الأصح، لأن العقد لم يتأكد بالعمل.

والثاني: من الربح؛ لأنه بقبض العامل صار مال قراض.

وهذا كله إذا تلف بعضه أما لو تلف كله؛ فإن القراض يرتفع سواء أتلف بآفة سماوية أم بإتلاف المالك أم العامل أم أجنبي لكن يستقر نصيب العامل من

الربح في الثانية كما مر ويبقىٰ القراض في البدل إن أخذه في الرابعة والخصم في البدل المالك إن لم يكن في المال ربح والمالك والعامل إن كان فيه ربح.

وأما إن أتلفه العامل فقيل: يرتفع القراض؛ لأنه وإن وجب عليه بدله، فلا يدخل في ملك المالك إلا بقبضه منه وحينئذ يحتاج إلىٰ استئناف القراض، وقيل: لا يرتفع، لقيام البدل مقامه.

وإن تلف مال قراض اشترىٰ بعينه شيئًا قبل تسليمه انفسخ البيع والقراض أو في الذمة وتلف قبل الشراء انقلب الشراء للعامل فيرتفع القراض وإن تلف بعد الشراء وقع للمالك فلو كان المال مائة وتلف لزمه مائة أخرىٰ[1].

وقال الحنابلة: إن تلف رأس المال أو تلف بعضه بعد تصرفه أو تعيب رأس المال أو خسر رأس المال أو نزل السعر بعد تصرفه في رأس المال جبرت الوضيعة من ربح باقيه قبل قسمته ناضا أو تنضيضه مع المحاسبة؛ لأنها مضاربة واحدة فلا شيء للعامل إلا بعد كمال رأس رأس المال.

وإن تلف بعض رأس المال قبل تصرف العامل فيه انفسخت فيه المضاربة وكان رأس المال هو الباقي خاصة؛ لأنه مال هلك علىٰ جهته قبل التصرف أشبه التالف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف؛ لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية للربح.

وإن تلف المال قبل التصرف ثم اشترىٰ المضارب سلعة في ذمته للمضاربة فهي له - أي للمضارب - وثمنها عليه سواء علم المضارب تلف المال قبل نقد الثمن أو جهله؛ لأنه اشتراها في ذمته وليست من المضاربة لانفساخها

(1) «روضة الطالبين» (3/ 758، 760)، و«مغني المحتاج» (3/ 356)، و«نهاية المحتاج» (5/ 271، 272)، و«النجم الوهاج» (5/ 279، 280)، و«الديباج» (2/ 438، 439).

بالتلف فختصت به ولو كانت للمضاربة لكان مستدينا علىٰ غيره والاستدانة علىٰ الغير بغير إذنه لا تجوز إلا أن يجيزه رب المال فيكون له كمن اشترىٰ لغيره سلعة في ذمته ولم يسمه.

وإن تلف مال المضاربة بعد الشراء قبل نقد ثمن السلعة بأن اشترىٰ في الذمة للمضاربة سلعة في ذمته ثم تلف مال المضاربة قبل إقباضه أو تلف هو والسلعة فالمضاربة باقية بحالها، لأن الموجب لفسخها هو التلف ولم يوجد حين الشراء ولا قبله والثمن علىٰ رب المال، لأن حقوق العقد متعلقة به كالموكل ويصير رأس الثمن دون التالف لفواته ولصاحب السلعة مطالبة كل من رب المال والعامل بالثمن لبقاء الإذن من رب المال ولمال ولمباشرة العامل؛ فإن غرمه رب المال لم يرجع علىٰ أحد، لأن حقوق العقد متعلقة به ويرجع به العامل إن غرمه علىٰ رب المال لما تقدم.

فلو كان رأس المال مائة فخسر عشرة ثم أخذ ربه عشرة لم ينقص رأس المال بالخسران؛ لأنه قد يربح فيجبر الخسران من الربح لكن رأس المال ينقص بما أخذه رب المال وهو العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم ويبقىٰ رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية أتساع درهم.

فإن كان رب المال أخذ نصف التسعين الباقية وهو خمسة وأربعون بقي رأس المال خمسين درهمًا، لأن رب المال أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان رب المال أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع؛ لأنه أخذ خمسة أتساع المال فسقط خمسة أتساع الخسران وهو خمسة وخمسة أتساع درهم يبقىٰ ما ذكر.

وكذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعض المال كان ما أخذه رب المال من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال فقد أخذ سدسه فينقص المال وهو مائة سدسه ستة عشر وثلثين وقسطها من الربح ثلاثة وثلث بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين؛ لأنه أخذ نصف المال فبقي نصف المال وإن أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلث؛ لأنه أخذ ربع المال وسدسه فيبقىٰ ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا.

ومهما بقي العقد علىٰ رأس المال وجب جبر خسرانه من ربحه وإن اقتسما الربح؛ لأنها مضاربة واحدة وتحرم قسمة الربح والعقد باق إلا باتفاقهما علىٰ قسمته؛ لأنه مع امتناع رب المال وقاية لرأس ماله؛ لأنه لا يأمن الخسران فيجبره بالربح ومع امتناع العامل لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه فلا يجبر واحد منهما، قال الإمام أحمد وقد سئل عن المضارب يربح ويضع مرارا: يرد الوضيعة علىٰ الربح إلا أن يقبض رأس المال صاحبه ثم يرده إليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا يجبر به وضيعة الأول؛ لأنه مضاربة ثانية قال فهذا ليس في نفسي منه شيء، وأما ما لا يدفع إليه فمتىٰ يحتسبا حسابًا كالقبض كما قال ابن سيرين، قيل: وكيف يكون حسابا كالقبض؟ قال: يظهر المال يعني ينض ويجيء فيحتسبان عليه؛ وإن شاء صاحبه قبضه قيل للإمام: فيحتسبان علىٰ المتاع؟ قال: لا يحتسبان إلا علىٰ الناض، لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع انتهىٰ.

وأما قبل قبض رب المال رأس ماله وتنضيضه مع المحاسبة فالوضيعة إذا حصلت تحسب من الربح لبقاء المضاربة وكذلك لو طلب أحدهما قسمة

الربح دون رأس المال لم تجب إجابته؛ لأنه - أي الممتنع - لا يأمن الخسران في ثاني الحال؛ فإن كان الممتنع المالك فهو يجبر الخسران بالربح وإن كان العامل؛ فإنه لا يأمن أن يلزمه الرد في وقت لا يقدر عليه[1].

الحكم إذا فسد القراض:

إذا فسد القراض فله ثلاثة أحكام:

الأول: أن الربح كله لرب المال وللعامل أجرة مثله:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب إلىٰ أن المضاربة إذا فسدت بان تخلف شرط من شروط صحتها المتقدم بيانها؛ فإن العامل لا يستحق الجزء المسمىٰ من الربح بل يكون جميع الربح لرب المال وللعامل أجرة مثل عمله بالغة ما بلغت عند الجمهور -خلافا لأبي يوسف وأحمد في رواية- سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن، لأن المضاربة الفاسدة في معنىٰ الإجارة الفاسدة والأجير لا يستحق النفقة ولا المسمىٰ في الإجارة الفاسدة؛ وإنما يستحق أجر المثل. ولأن عمله إنما كان في مقابلة المسمىٰ؛ فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه؛ لأنه لم يعمل إلا ليأخذ عوضه، وذلك متعذر، فوجب له قيمته، وهي أجر مثله؛ كالبيع الفاسد، كما لو اشترىٰ شراء فاسدًا فقبضه وتلف أحد العوضين في يد قابضه فوجب رد بدله.

والربح كله يكون لرب المال، لأن الربح نماء ملكه؛ وإنما يستحق المضارب شطرا منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه.

---

(1) «كشاف القناع» (3/ 606، 609)، و«شرح منتهىٰ الإرادات» (3/ 579، 581)، و«المغني» (5/ 27، 28)، و«الكافي» (2/ 272)، و«الإنصاف» (5/ 436، 437)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 532، 533).

وعن الإمام أحمد وأبي يوسف أن له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح، لأنه إن كان الأقل الأجرة فهو لا يستحق غيرها لبطلان الشرط وإن كان الأقل المشروط فهو قد رضي به.

واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما علىٰ ما شرطاه واحتج بأن أحمد قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح علىٰ ما شرطاه فأثبت فيها ذلك مع فسادها.

وفي قول عند الشافعية وهو رواية عن أبي يوسف أن العامل لا يستحق أجرة عند عدم الربح اعتبارًا بالمضاربة الصحيحة وهو القياس، لأن القراض الصحيح لا يستحق فيه شيئًا عند عدم الربح؛ لأنه إذا أخذ أجرا مع عدم الربح تكون المضاربة الفاسدة أروج من الصحيحة، لأن الصحيحة إذا لم يربح فيها لم يكن له شيء فكيف يستحق في الفاسدة مع عدم الربح؟.

أما إن رضي المضارب بالعمل بغير عوض بأن قال المالك قارضتك وجميع الربح لي وقبل العامل فلا شيء له عند الحنابلة والشافعية في الأصح؛ لأنه عمل مجانًا غير طامع في شيء.

والثاني: له أجرة المثل كسائر أسباب الفساد[1].

(1) «مختصر اختلاف العلماء» (4/ 65)، و«تحفة الفقهاء» (3/ 21)، و«بدائع الصنائع» (6/ 108)، و«الاختيار» (3/ 23)، و«العناية» (12/ 123)، و«مجمع الأنهر» (3/ 444، 445)، و«درر الحكام» (3/ 484)، «روضة الطالبين» (3/ 747)، و«مغني المحتاج» (3/ 350)، و«نهاية المحتاج» (5/ 264)، و«النجم الوهاج» (5/ 273)، و«الديباج» (2/ 434)، و«المغني» (5/ 42)، و«المبدع» (5/ 21)، و«كشاف القناع» (3/ 599)، و«مطالب أولىٰ النهىٰ» (3/ 518).

أما المالكية فعندهم القراض إذا فسدت فله قسمان:

القسم الأول: ما فيه قراض المثل إذا كان في المال ربح؛ فإن لم يكن فيه ربح فلا شيء للعامل:

1- كلك شركٌ في ربحه:

2- والقراض المبهم بأن قال: اعمل فيه قراضًا وأطلق.

3- أو قراض أجل فيه العمل ابتداء أو انتهاء كاعمل فيه سنة من الآن، أو: إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل فيه.

4- أو قراض شرط فيه علىٰ العامل ضمان رأس المال إذا أتلف أو ضاع بلا تفريط ففاسد.

5- أو قراض قال فيه للعامل: اشتر السلع بدين في ذمتك، فخالف العامل واشترىٰ بنقد.

6- أو شرط عليه ما يقل وجوده.

7- وكذا إذا اختلف العامل ورب المال في قدر الربح بعد العمل وادعىٰ كلٌّ منهما ما لا يشبه العادة.

القسم الثاني: ما فيه أجرة المثل: في ذمة رب المال ربح العامل أو لم يربح.

1- عند اشترط يد رب المال مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء مما يتعلق بالقراض.

2- أو اشتراط مشاورة رب المال في البيع والشراء.

3- أو اشتراط أمين علىٰ العامل.

4- أو اشتراط تعيين محل للتجر لا يتعداه لغيره كسوق أو حانوت.

5- أو اشتراط تعيين زمن له لا يتاجر في غيره ولو تعدد كلا تشتر أو لا تبع إلا في الشتاء أو اشتر في الصيف وبع في الشتاء.

6- أو اشتراط أن لا يشتري بالمال شيئًا بالمال إلىٰ بلوغ بلد كذا وبعد بلوغه يكون له التصرف في أي محل.

7- أو تعيين شخص للشراء منه بحيث لا يشتري شيئًا من غيره أو البيع له بحيث لا يبيع سلعة لغيره.

8- أو اشترط عليه رب المال أن يشارك غيره في مال القراض.

9- أو اشترط عليه أن يخلط مال القراض بمال عنده ويعمل فيهما.

10- أو اشترط عليه أن يبضع المال بأن يرسل جزءًا من مال القراض مع غيره للتجارة دون مقابل.

11- أو يشترط عليه أن يزرع من مال القراض.

فيفسد القراض في ذلك كله للتحجير المخالف لسنة القراض. وفيه أجرة المثل والربح لرب المال والخسارة عليه في الجميع[1].

الثاني: تنفذ جميع تصرفات العامل:

نص الشافعية والحنابلة إلىٰ أن القراض إذا فسد نفذت تصرفات العامل كنفوذها في القراض الصحيح للإذن فيه كما في الوكالة الفاسدة؛ لأنه إذا بطل

---

(1) «المقدمات الممهدات» (3/ 13)، و«الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (3/ 169)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (5/ 284، 288)، و«الذخيرة» (6/ 36)، و«التاج والإكليل» (4/ 413، 417)، و«تحبير المختصر» (4/ 508، 511، 518)، و«شرح مختصر خليل» (6/ 206، 208، 213)، و«الشرح الصغير» (8/ 398، 399)، و«البهجة في شرح التحفة» (2/ 358).

العقد بقي الإذن فملك به التصرف كالوكيل وليس كما لو فسد البيع لا ينفذ تصرف المشتري؛ لأنه إنما يتصرف بالملك ولا ملك في البيع الفاسد قال الشافعية: هذا إذا قارضه المالك بماله أما إذا قارضه بمال غيره بوكالة أو ولاية فلا[1].

الثالث: لا ضمان عليه كالقراض الصحيح:

ذهب جمهور الفقهاء أبو حنيفة والشافعية والحنابلة (وهو مروي عن أبي يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية عند الحنفية وبه يفتىٰ) أنه لا ضمان علىٰ المضارب في المضاربة الفاسدة فيما يتلف بغير تعديد وتفريطه؛ لأنه ما كان القبض في صحيحه مضمونًا كان مضمونًا في فاسدة وما لم يكن مضمونًا في صحيحه لم يضمن في فاسده كالوكالة، ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والأجير لا يضمن سكنىٰ ما تلف بغير تعديه ولا فعله فكذا ها هنا.

وذهب أبو يوسف ومحمد فيما نقله عنهما الطحاوي أنه يضمن في المضاربة الفاسدة كما في الأجير المشترك إذا هلك المال في يده بما يمكن التحرز عنه.

وقال الإسبيجابي: والأصحّ أنه لا ضمان علىٰ قول الكلّ كما في «العناية»[2].

(1) «روضة الطالبين» (3/ 747)، و«مغني المحتاج» (3/ 350)، و«نهاية المحتاج» (5/ 264)، و«النجم الوهاج» (5/ 273)، و«الديباج» (2/ 434)، و«المغني» (5/ 42).

(2) «مختصر اختلاف العلماء» (4/ 65)، و«بدائع الصانع» (6/ 108)، و«الاختيار» (3/ 23)، و«مجمع الأنهر» (3/ 444، 445)، «روضة الطالبين» (3/ 747)، و«المغني» (5/ 43).

فِهرس المحتويات

فهرس المحتويات

تم بحمد الله